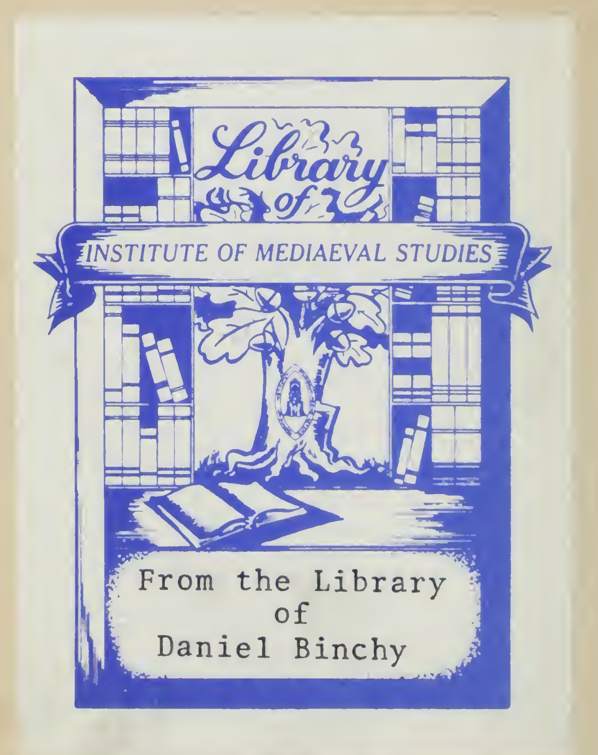



Library
of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy





ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich, correspond. Mitglied der R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova

UND

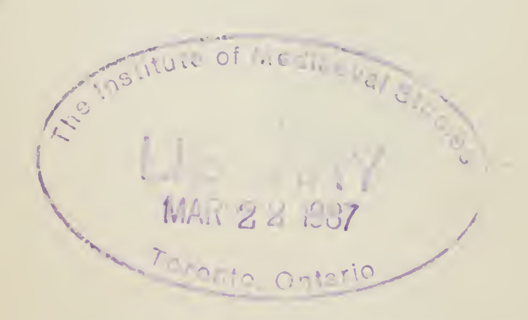
Dr. JOSEF KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin, Geh. Justizrat, Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln LL.D. der Universität Chicago

---

ACHTZEHNTER BAND.



STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1905.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Das Pfandrecht im altböhmischen Landrechte.

Eine historische Studie.

Von

Dr. jur. **J. Kapras** (Prag).

(Fortsetzung)*).

§ 7.

Das Immobiliar-Pfandrecht in Böhmen.

Das Pfandrecht an Immobilien hat in Böhmen vier Entwicklungsphasen durchgemacht. Es gab nämlich ein Pfandrecht mit Besitzübergabe ohne landtäfliche Eintragung und mit ihr gewisse Uebergangsformen, und ein Pfandrecht ohne Besitzübergabe.

1. Das Pfandrecht mit Besitzübergabe ohne landtäfliche Eintragung erscheint als die älteste Form des Immobiliarpfandes überhaupt. Die Immobilien wurden den Mobilien gleichgestellt, und die Pfandformen, die früher schon bei den Mobilien in Anwendung gekommen sind, auch bei den Immobilien eingeführt[194a]).

Die älteste uns bekannte Urkunde dieser Art stammt von Ottokar I. aus dem Jahre 1215[195]). Ihr folgen dann zahlreiche andere nach.

*) Vgl. XXVII S. 422 f.

[194a]) Ueber diese universelle Pfandform vgl. Pfandrechtliche Forschungen S. 63 ff. — Kohler.

[195]) Erben-Emler, Regesta I, 259.

Als Bezeichnungen des Pfandrechtes erscheinen obligatio, obligare [196]), assignare nomine pignoris [197]), obligare nomine pignoris [198]).

Der Abschluß des Pfandvertrages geschah in derselben Form wie der des Kaufes, nämlich durch tatsächliche Uebergabe des verpfändeten Objektes in die Hände des Pfandgläubigers. Die Quellen sprechen da vom resignare.

Der Schuldner hatte die Pflicht, dem Gläubiger die Sache zu übergeben, und denselben im Besitze des Pfandobjektes nicht zu stören [199]). Die Auslösung des Pfandes durch Zahlung muß auch hier, gerade wie bei Mobilien als ein Recht und nicht als eine Pflicht des Schuldners angesehen werden; da es sich auch hier um eine rein sachliche Haftung (obligatio rei) handelt. Diese Auslösung des Pfandes konnte, wenn kein Termin vertragsmäßig bestimmt war [200]), wann immer bis zur Verjährung (3 Jahre und 18 Wochen) geschehen. Wurde aber das Pfand binnen dieser Zeit nicht befreit, so verfiel es durch Verjährung in das Eigentum des Pfandgläubigers. So war also ein jedes Pfand eigentlich Verfallspfand [201]). Vor dem hatte der Gläubiger bloß den Besitz und die Benützung des Pfandobjektes, besaß aber kein Dispositionsrecht damit, außer es wäre ihm ein solches besonders durch den Vertrag gestattet gewesen [202]).

Die Pfandstreitigkeiten gehörten vor das Cudagericht, später vor das Prager Landrecht [203]).

Diese hier geschilderte Form der Verpfändung blieb später in Anwendung nur bei königlichen Verpfändungen, während sie im Privatverkehre der nachfolgenden Art des Pfandrechtes Platz machen mußte.

---

[196]) Rg. I, 259, 285, 939.
[197]) Rg. II, 143.
[198]) Reg. III, 118.
[199]) Reg. II, 872, 919; III, 118, 372.
[200]) Reg. I, 259; II, 939.
[201]) Ordo J. T., Art. 72.
[202]) Rg. II, 872 und 1206.
[203]) Kn. Rožmb. Art. 248, 249.

2. Das Pfandrecht mit Besitzübergabe und mit landtäflicher Eintragung. Der Einfluß der bücherlichen Eintragung war im böhmischen Rechte ein bedeutend größerer als im deutschen. Es ist dies auch sehr leicht zu erklären. In Deutschland kamen die Bücher hauptsächlich in den Städten vor, wo das Immobiliareigentum schon zur Zeit ihrer Einführung nicht mehr jene Bedeutung gehabt hat, wie draußen auf dem offenen Lande, und deshalb erstarrte hier diese Institution und brachte es zu keinem größeren Aufschwunge.

In Böhmen dagegen, wo die Bücher zuerst im Landrechte, und erst viel später im Stadtrechte vorkommen, brachte es schon der allgemein anerkannte agrarische Charakter des Landrechtes mit sich, daß die Landtafel (desky zemské) [204]) zu einer größeren Entwicklung gelangen mußte. Die Entwicklung und Verbreitung des Städtewesens hatte in Böhmen nicht jene Umwälzung mit sich gebracht, wie dies in Deutschland der Fall war; hier blieb auch weiterhin der Grund und Boden, das Erbgut (dědina) als das wichtigste Vermögenselement bestehen, ohne durch das Mobiliarvermögen an seiner Bedeutung einzubüßen.

Freilich hat die Einführung der Landtafel zu einer vollständigen Umänderung des Immobiliarlandrechtes geführt. Denn seit ihrer Einführung hat dieses Recht eine derartig durchgearbeitete Form erlangt, daß es nicht nur mit Erfolg dem Eindringen des römischen und deutschen Rechtes widerstehen konnte, sondern auch das seinem Ursprunge nach deutschböhmische Stadtrecht in seinem immobiliarrechtlichen Teile vollständig durchdrungen und abgeändert hatte.

Auch im Pfandrechte hatte die Landtafel eine sehr große Bedeutung erlangt; indem dieses erst von der Zeit an, nämlich vom 14. Jahrhundert, wo es in die Bücher eingetragen wurde, eine größere Sicherheit und damit auch eine größere

---

[204]) Die Literatur der Landtafel vgl. bei Randa, Eigentumsrecht. Zur Aufklärung der einzelnen Begriffe hat viel der Streit Krasnopolski-Czyhlarz gegen Randa beigetragen.

Verbreitung erlangen konnte. Die älteste Eintragung ist aus dem Jahre 1351. . . . I. recognovit coram beneficiariis Prag., quod tenetur veri debiti 1000 gr., in qua pecunia condescendit de hereditatibus . . .[205]).

Anfangs bediente man sich dabei derjenigen Formen, die früher beim Pfandrechte mit Besitzübergabe üblich waren. Die Quellen sprechen von zástava trhem, zástava se správou (Pfandrecht in Form eines Kaufes, Pfand mit Gewährleistung).

Später hatte dieses Pfandrecht folgende Form angenommen:

I. protestatus est, se teneri CC. m. J. in quibus quidem pecuniis de hereditatibus in . . . condescendit ad habendum, tenendum, possidendum, utifruendum, faciendum quod pro libito sue voluntatis tanquam de propriis hereditatibus[206]).

In den meisten Fällen geschah die Eintragung böhmisch, da in dieser Zeit die nationale Sprache überall vorherrschend war[207]). Die Eintragung geschah in die Kaufkwaternen, weil das Pfand in dieser Form den Grundsätzen des Kaufes gemäß überhaupt beurteilt wurde.

Diese landtäfliche Eintragung hatte in der älteren Zeit allgemein und daher auch im Pfandrechte nur einen deklarativen Charakter[208]); erst später, ungefähr zu Všehrds Zeit, bekam sie einen konstitutiven Charakter. Damit wollen wir keinesfalls die Behauptung von einer Unbedingtheit der landtäflichen Eintragung aufstellen; denn, ob zwar der konstitutive Charakter der Bücher allgemein anerkannt war, es gab doch viele Güter, die aus verschiedenem Grunde in der Landtafel überhaupt nicht eingetragen waren, und deshalb nicht durch landtäfliche Verschreibung, sondern in Briefform verpfändet werden mußten[209]).

---

[205]) Böhm. Hoftafel I, 100; ähnlich auch 101 etc.

[206]) Böhm. Hoftafel XIV, 76; auch Formae literarum apud tabulas im Jireček, Codex II, 2, 299, Nr. 50 und 63.

[207]) Všehrd V, 2; böhm. Landtafel III, C, 22; II, K, 10.

[208]) Czyhlarz, Zur Geschichte des bücherlichen Besitzes im böhm.-mähr. Landrecht. Grünhuts Z. X, 272.

[209]) Archiv Český II, 55, 417. — Die Eintragung eines in der Land-

Außer dem gab es auch eine Zeit (die Hussitenkriege)[210], wo man wegen Rechtsunsicherheit die Landtafel nicht benützte oder auch nicht benützen konnte und deshalb sich der Urkunden zur Verpfändung bedienen mußte. Während aber im ersten Falle die Eintragung überhaupt ausblieb, wurde sie im zweiten Falle nur verschoben; denn bei der nächsten Landtafelöffnung nach den Unruhen mußten alle diese Briefe vorgelegt und in die Landtafel eingetragen werden.

Der Schuldner, der die Eintragung des Pfandrechtes zu besorgen hatte, mußte das Gut auf seinen Namen in der Landtafel eingetragen haben, und mußte vollkommen handlungsfähig sein[211]. Die Minderjährigen waren deshalb davon ausgeschlossen. Da die Eintragung nicht auf Grund einer schriftlichen Erklärung, sondern nach einem mündlich vorgebrachten Gesuche niedergeschrieben wurde, so waren auch die Tauben und Taubstummen davon ausgeschlossen. Später wurde wenigstens den Stummen erlaubt durch Zunicken mit dem Kopfe ihre Zustimmung dazu zu zeigen. War das Gut im Gesamteigentume von mehreren Personen, so war zu seiner Verpfändung der übereinstimmende Wille aller Miteigentümer nötig[212].

Der Pfandgläubiger mußte die Landtafelfähigkeit (právo k deskám) besitzen. Anfangs war wohl diese Landtafelfähigkeit ein ganz allgemeines Recht, das einem jeden freien Einwohner zukam. Später wurde der Kreis der Landtafelfähigen

---

tafel noch nicht eingetragenen Gutes konnte nur mit königlicher Einwilligung geschehen. Všehrd IV, 4.

[210]) Nach Beendigung der Hussitenkriege kam im Jahre 1437 ein Beschluß des Landrechtes zu stande, daß die Briefverschreibungen, sofern sie mit eigenem Siegel des Ausstellers versehen waren, volle Geltung haben sollen, doch müssen sie im Laufe eines Jahres von diesem Beschlusse an in die Landtafel eingetragen werden, sonst werden sie kraftlos. (Hoftafel XXI, 266.)

[211]) Die unehelichen Kinder und die Prostituierten waren von der Landtafel ausgeschlossen. (Vlad. Landesordnung, Art. 171.)

[212]) Všehrd IV, 4.

bedeutend kleiner und umfaßte endlich nur Personen des Herrn- und Ritterstandes. Aus den Städten hatte nur Prag und Kuttenberg[213]) allgemein das Recht landtäfliche Güter zu besitzen; den übrigen Städten wurde dies Recht nur von Fall zu Fall gewährt[214]). Die einheimischen Bürger und die freien Landsassen konnten nur mit besonderer, königlicher Einwilligung in den Besitz eines solchen Gutes gelangen bezw. in demselben verbleiben.

Fremde durften ursprünglich überhaupt kein landtäfliches Gut erwerben. Später war es ihnen gestattet nur unter nachträglicher Erwerbung des böhmischen Inkolates[215]), das ursprünglich der Landesherrscher allein erteilt hatte und seit dem Jahre 1370 nur mit Zustimmung des Landtages erteilen sollte.

Da Všehrd[216]) diese Mitwirkung des Landtages nicht erwähnt und nur von der Einwilligung des Königs spricht, so scheint es, daß man sich in der Praxis hie und da mit der bloßen königlichen Einwilligung begnügte. Der Landtagsbeschluß vom Jahre 1486, der auch in alle spätere Landesordnungen (Vl.L.O. Art. 4, 72) übernommen wurde, setzte aber fest, daß niemand ohne Einwilligung des Königs und der Stände einem Ausländer ein landtäfliches Gut veräußern dürfe, unter Verlust der Ehre und Landesverweisung für den Verkäufer (Pfandschuldner) und unter Verlust des Gutes und des Geldes für den Käufer (Pfandgläubiger). Die geforderte Einwilligung konnte nur dann erteilt werden, wenn der Ausländer außerdem keine Güter im Auslande besaß[217]), wenn er sich in allem

---

[213]) Všehrd IV, 5, § 4; Landtäfliche Instruktion vom Jahre 1541.

[214]) So geschah es für Gitschin (Ständisches Archiv No. 42), Tachau (ebendaselbst 47), und Taus (böhm. Landtafel 250, D 1).

[215]) Vergl. Rieger, Incolat im II. B., Michler-Ulbrich, Oest. Staatswörterbuch.

[216]) IV, 5, § 9 und III, 17, § 4.

[217]) Diese Bestimmung ist aber schon in der Landesordnung vom Jahre 1549 (Art. B. 15) weggefallen.

mit den Einheimischen für gleich erklärt hatte, und dem Könige ein Gelöbnis der Treue abgelegt hatte. Von dieser Bestimmung waren ausgenommen die Einwohner der Marggrafschaft Mähren und aller Länder, welche dem Königreiche Böhmen einverleibt waren, da diese nicht für Ausländer gehalten wurden.

Die Eintragung geschah regelmäßig persönlich; nur ausnahmsweise konnte aus triftigen Gründen (wegen schwerer Krankheit, Altersschwäche etc.) mit besonderer Erlaubnis des Königs oder in dessen Abwesenheit des Landgerichtes von dem Erfordernisse des persönlichen Erscheinens abgesehen werden[218]. In diesem Falle wurden zwei höhere Landesbeamte aus Prag zu der verhinderten Partei geschickt, um dorten die Rekognition vorzunehmen, und darüber eine Relation bei der Landtafel vorzutragen[219]. Auf Grund dieser Relation geschah dann die betreffende landtäfliche Eintragung mit der Anmerkung: „Diese Erklärung geschah in der Stadt (Mauth) vor dem Vizelandrichter J. . . und dem königlichen Landtafelbeamten M., die von Rechts wegen zu der genannten Katharina krankheitshalber gesandt wurden“[220].

Um aber auch denjenigen, bei denen ein derartiger Grund nicht vorlag, die Möglichkeit zu gewähren, ohne ein persönliches Erscheinen, das nicht möglich war (z. B. der Betreffende wollte eilig das Land verlassen), eine landtäfliche Eintragung durchzuführen, half man sich mit einem Rekognitionsbriefe, der bei der nächsten Oeffnung der Landtafel, auf Verlangen eines dazu bestimmten Stellvertreters wörtlich in die Landtafel eingetragen wurde. Dieser Rekognitionsbrief hatte seine Wirkungskraft mit Ablauf der nächsten Landtafelöffnung,

---

[218]) Všehrd IV, 8.

[219]) Vladislavische Landesordnung, Art. 180.

[220]) . . . . stalo se toto přiznání v městě (Meytě) před J . . . mistosudím a M . . . . úředníkem K. J. M. ti při dskách zemských podle práva k těž (Kateřině) jakožto k nemocné vyslanými . . . . (Böhm. Landtafel III, F. 14).

und durch den Tod des Ausstellers vor der erfolgten Eintragung verloren[221]).

Das Prinzip der Spezialität erforderte es, daß in der Eintragung nicht bloß das Gut als ein Ganzes erwähnt werde, sondern daß einzeln seine Teile nominatim aufgezählt werden[222]). Mit der Publizität hängt es wohl zusammen, daß vor der Pfandrechtseintragung immer geprüft werden mußte, ob das Objekt schon früher einmal verschrieben oder belastet gewesen war[223]).

Mit der durchgeführten Eintragung war das Rechtsgeschäft endgültig abgeschlossen. In der ältesten Zeit mußten wohl gewisse Formalitäten der Eintragung vorangehen, von denen uns jedoch die Quellen nichts bestimmtes zu sagen imstande sind[224]).

Die Berichtigung eines geschehenen Versehens konnte nur im Wege einer neuen landtäflichen Erklärung und Eintragung zu stande gebracht werden[225]). Billigerweise bediente man sich dazu gewöhnlich eines Juxta, das der mangelhaften Eintragung angehängt wurde[226]).

Das Pfandrecht gewährte dem Pfandgläubiger den Besitz und die Nutznießung des Pfandobjektes. Ob das Pfand als

---

[221]) Všehrd IV, 9.

[222]) Všehrd IV, 4, 15.

[223]) Všehrd IV, 5, 15.

[224]) Czyhlarz, Besitz 272.

[225]) Vladislavische Landesordnung, Art. 18.

[226]) Landtafel II, J. 14 .... B. a. W. bratří z L. přiznali se před úředníky Praž., že jakož jest se omyl stal v tom trhu, že v něm není položeno ani napsáno, i seznali se před týmiž ůředníky, aby bylo připsáno a tak stálo: potoky, rybníky, i maj ty užívati cum potestate, jakž sú po předcích svých i sami také měli, drželi, užívali i se zprávwú .... (Die Brüder B. und W. von L. haben vor den Prager Landtafelbeamten erklärt, es liege im obbestehenden Kaufe ein Irrtum vor, indem da etwas ausgelassen wurde, und sie haben vor denselben Beamten erklärt, es solle dorten stehen: Bäche, Teiche, und die Betreffenden sollen alles da Erwähnte cum potestate benützen so, wie sie es nach ihren Ahnen schon gehabt, besessen und benützt haben, und zwar mit Gewähr.)

ein Verkaufs- oder Verfallspfand zu behandeln wäre, hing einzig und allein vom Pfandvertrage ab. In der älteren Zeit erschien, wie oben erwähnt wurde, ein jedes Pfand als ein Verfallspfand, da das Pfandobjekt nur binnen der Verjährungsfrist ausgelöst werden konnte, um nach Ablauf derselben in das Eigentum des Pfandgläubigers zu verfallen[227]). Später, bereits zu Všehrds Zeit, nachdem man die Begriffe Besitz und Eigentum strenger zu sondern anfing, kam diese Bestimmung in Vergessenheit und mußten von nun an sowohl der Verfall als auch die weitere Nutznießung[228]) und das Verkaufsrecht, mit Vorbehalt des Verkäuferrechtes, für den Pfandschuldner[229]) besonders hervorgehoben und bestimmt werden. Der Gläubiger konnte nur dann die Erfüllung der Leistung und dadurch die Auslösung des Pfandes verlangen, wenn ihm dies ausdrücklich durch Vertrag vorbehalten wurde[230]). Dazu diente gewöhnlich die dem Vertrage einverleibte Kündigungsklausel, durch welche sich der Gläubiger verpflichtete, dem Schuldner die Kündigung halb- oder ganzjährig im voraus anzumelden[231]). Die Kündigung erfolgte in allen diesen Fällen mündlich oder schriftlich und zwar regelmäßig am St. Georgi- und St. Gallifesttage; konnte aber auch in zwei Wochen vor und nach diesen Heiligen geschehen. Zu einer anderen Zeit war die Kündigung nur dann möglich, wenn die Eintragung dies ausdrücklich erlaubte. Die erfolgte Kündigung wurde in die Landtafel zu der gekündigten Pfandrechtseintragung angemerkt[232]).

Da der Gläubiger die Nutznießung hatte, war er natur-

---

[227]) Ordo J. T., Art. 72.

[228]) Landtafel III, F. 12 vom Jahre 1531; 84, C. 9 vom Jahre 1523; Archiv Český I, 407; VI, 479; Jireček, Codex II, 2, 299.

[229]) Landtafel 249, Art. 23.

[230]) Všehrd V, 2, 2.

[231]) Všehrd VIII, 15.

[232]) So Landtafel 249, Art. 23, „1513, Vit dal listem od úřadu napřed věděti Janovi“ (Veit hat durch ein Amtsschreiben dem Hans gekündigt).

gemäß auch zum Tragen des gewöhnlichen Aufwandes verpflichtet. Den außerordentlichen und unerwarteten Aufwand hatte der Schuldner zu bestreiten [233]), während über den zwar außerordentlichen aber voraussichtlichen Aufwand der Vertrag entschied [234]).

Der Pfandgläubiger hatte einen unbedingten Vorrang vor denjenigen Gläubigern, die auf Grund eines Urteiles die Exekution führten. Dieselben mußten vor der Schätzung die Pfandsumme beim Landtafelamte deponieren, und den Pfandgläubiger davon verständigen. Dieser war verpflichtet, die Zahlung anzunehmen, und den Besitz des Erbgutes zu übergeben, widrigenfalls bediente man sich gegen ihn des Wehrlosbriefes [235]).

Die Auslösung des Pfandes war ein Recht des Schuldners, der es eventuell veräußern konnte [236]). In der älteren Zeit war die Auslösung durch Zahlung Privatsache der Parteien und wollte der Gläubiger die Leistung nicht annehmen, so konnte er nur im Prozeßwege dazu gezwungen werden. Aehnlichen Fall finden wir noch in den Reliquiae tabularum aus dem Jahre 1318 [237]). Später [238]) intervenierte dabei das Landtafelamt, indem es vom Schuldner die Pfandsumme annahm und den Gläubiger brieflich [239]) von dieser Deposition verständigte mit der Mahnung, am bestimmten Tage bei der Landtafel zu erscheinen, sein Geld in Empfang zu nehmen, und

---

[233]) Archiv XIX, 600.

[234]) Archiv VI, 479.

[235]) Rel. Tab. I, 227; Vlad. Landesordnung, Art. 93.

[236]) Landtafel 84, G. 8 vom Jahre 1513.

[237]) Leo conqueritur super W . . os, quia tenent hereditatem suam in obligacione in B . . in IX. marc argenti ab ipso et a patre suo quondam W. in obligacione, pro qua nolunt dictum argentum recipecere, nec de hereditate condescendere nominata . . . . (Es folgt dann die Eintragung des weiteren Prozess- und Exekutionsverlaufes) — Rel. Tab. I, 35.

[238]) Andreas von Duba, Art. 14.

[239]) Die Formel dieses Briefes bei Všehrd VIII, 16. — Kompetent war das kleinere Landtafelamt.

den Besitz des Erbgutes an den Schuldner abzutreten, falls er nicht sowohl das Geld als auch das Erbgut verlieren wolle. In diesem Falle fiel das Geld den Beamten und das Erbgut dem Schuldner zu. Später wurde diese Folge der Nichtachtung vor dem Landtafelamte abgeschafft und durch einen Wehrlosbrief ersetzt [240]). Durch Entscheidung des Landrechtes vom Jahre 1496 wurde auch dieser Wehrlosbrief außer Kraft gesetzt und statt dessen einfache Klage eingeführt [241]).

Nach der Schuldzahlung konnte der Schuldner entweder die Löschung der Pfandeintragung (was durch bloßes Durchstreichen derselben geschah) oder durch neue Eintragung die Sicherstellung seines freien Eigentumsrechtes verlangen [242]).

Eine weitere Verpfändung des Pfandes seitens des Pfandgläubigers war nur mit Zustimmung des Pfandschuldners erlaubt.

Da in dem altböhmischen Landrechte der Grundzins den Immobilien gleichgestellt und gerade wie diese in die Landtafel eingetragen wurde, so war er auch an dieselben pfandrechtlichen Formen wie diese gebunden, nur mußte hier für den Fall vorgesorgt werden, wenn der Zins aus was immer einem Grunde nicht gezahlt werde [243]).

Fühlte sich jemand durch die Intabulation des Pfand-

---

[240]) Všehrd V, 1.

[241]) Vladislavische Landesordnung, Art. 43.

[242]) Vladislavische Landesordnung, Art. 142 und 182.

[243]) Die böhmische Formel dieser Eintragung bei Všehrd V, 3; lateinisch etwa folgendermassen: K. filia olim H. protestata est coram ben. Prag. se teneri 1000 sex gr. B. et suis heredibus, in quo debito statim condescendit sibi de censibus suis infrascriptis, videlicet decem sexagenis gr. census annus et perpetui . . . et de aliis hereditatibus suis et censibus omnibus habitis vel habendis, quae fuerunt olim H. patris sui et quae hereditates et census possunt per tabulas quomodocumque conquiri ad habendum, tenendum, vendendum, alienandum, obligandum pro eis, si opus fuerit cum camerario pignorandum et faciendum de eis, quidquid placet de eis, sicut de propriis hereditatibus sine omni impedimento. (Hoftafel 24, p. 31 vom Jahre 1337.)

rechtes in seinen Rechten verkürzt, so meldete er seinen Widerspruch (odpor)[244]) an, unter Angabe des Widerspruchsgrundes, und der Verpflichtung, seinen Widerspruch klageweis binnen der Verjährungsfrist durchzuführen. Als Beklagter trat hier immer der tatsächliche Besitzer auf, während der Verpfänder nur als Nebenperson hinzu trat. Ließ der Widersprecher die Verjährungsfrist nach seiner Widerspruchsanmeldung vergehen, ohne klageweise aufzutreten, so war der Widerspruch wirkungslos.

3. Uebergangsformen des Pfandrechtes. Die pfandrechtlichen Uebergangsformen lassen sich in Böhmen in zwei Gruppen einteilen: die Totsatzung und das Pfandrecht ohne Besitzübergabe und ohne die Einführungsklausel, welche das charakteristische Merkmal in Böhmen für die jüngere Satzung bildet.

Die Totsatzung (vive gage) hängt mit dem kanonischen Zinsverbote[245]) zusammen, und tritt in Böhmen bereits in den Statuten der ersten Provinzialsynode hervor[246]). Aber das ziemlich seltene Erscheinen dieser Art des Pfandrechtes in Böhmen muß wohl mit dem frühzeitigen Entstehen der weit bequemeren jüngeren Satzung in Verbindung gesetzt werden. Auch war dieses Pfandrecht deshalb unpraktisch, weil trotz der verschiedenen Maßregeln der Schuldner doch dem Gläubiger preisgegeben war. Dies kam hauptsächlich dann zum

---

[244]) Andreas von Duba, Art. 119 und 120; Všehrd VII, 33; Vlad. Landesordnung, Art. 525 u. f.

[245]) C. 1 und 2, X, de usuris, 5, 19; c. 6, X, de pignor, 3, 21.

[246]) Sacrorum canonum vestigia inhaerentes declaramus, quod si quis alteri castrum vel villam seu possessionem quamlibet titulo pignoris obligat, ratione cuius ad eundem ecclesiae inibi situatae ius pertinet patronatus, etsi hoc non exprimat, nichilominus apud obligantem ius remanet, praesentandi ex eo, quia fructus rei pignoratae minuunt debitum principale, fructus vero iuris patronatus dum sit spiritualis, nequit cum rebus temporalibus compensari (Dudik, Statuta, c. XXXIX, de pignoribus).

Vorschein, wenn dem Gläubiger belassen wurde zu bestimmen, wann er die Sache zurückgeben wolle[247]); ob zwar in den meisten Fällen die jährliche Amortisationsquote festgestellt war[248]). Als häufige Objekte der Totsatzung werden feste Renten und Gehalte angeführt.

Als wahre Uebergangsform, die den Weg für die spätere, jüngere Satzung gebahnt hat, muß das Pfandrecht ohne Besitzübergabe und die Einführungsklausel bezeichnet werden, bei welchem versprochen wird „quod si non faceret, tunc pragenses beneficiarii ipsum Albertum vel heredes suos inducere debent super hereditates ipsius B. ubi cunque habet vel habebit, absque omni citacione in X. marcis tanquam in jure obtento[249]). Es hatte danach der Gläubiger das Recht, falls der Schuldner nicht zahlte, sich in den Besitz des Pfandobjektes im Wege der gewöhnlichen Exekution zu setzen, als ob ihm das Gut gerichtlich zuerkannt wäre. Wenn diese Klausel nicht beigefügt wurde, so war der Pfandgläubiger auf den Prozeßweg angewiesen. Die erwähnte Klausel kommt zuerst bei der Gewährleistung vor, als Generalverpfändung des ganzen Vermögens, und wurde erst später auch bei Schulden üblich.

Die jüngere Satzung selbst erscheint in Böhmen als

4. Das Pfandrecht mit Besitznahme (zástava s uvázáním). Die durch mächtigere Entwicklung des Handels veränderten Rechtsverhältnisse haben diese Rechtsinstitution mehr beeinflußt als das kanonische Recht, dessen Einwirkung auf die Entwicklung dieser Pfandrechtsart wohl nicht dermaßen gewesen war, wie dies Krasnopolski[250]) mit Bezug auf eine Urkunde vom Jahre 1287 behauptet.

---

[247]) Emler, Regesta III, 181 vom Jahre 1318.

[243]) Archiv Český IX, 299 vom Jahre 1454.

[249]) Jireček, Codex II, 2, 301; Pangerl, Urkundenbuch, Hohenfurt 142 vom Jahre 1368; in der Hoftafel I, 103 vom Jahre 1356.

[250]) Lehre von der Prioritätsabtretung. Grünhuts Zeitschrift VIII.

Am häufigsten kommt diese Art des Pfandrechtes beim Kaufvertrage vor, wo zur Sicherung des nichtgezahlten Restes des Kaufspreises das verkaufte Gut verschrieben wurde[251]).

Das böhmische Recht begnügte sich nicht, wie das deutsche damit, dem Pfandgläubiger die gewöhnliche Exekution direkt ohne ein Gerichtsurteil, auf Grund des Pfandrechtes zu gewähren, sondern es schuf für ihn eine raschere und bequemere Exekution, nämlich die Besitznahme (uvázání). Wir haben schon in der Ausführung über Exekution gesehen, daß die Besitznahme entweder sua potestate, oder mit Hilfe eines Gerichtspedellen geschah. Gewöhnlich hatte man es dem Gläubiger überlassen, nach welcher Art er die Besitznahme vornehmen wollte[252]). Die Besitznahme sua postetate war hauptsächlich dann in Anwendung, wenn wegen Unzugänglichkeit der Landtafel die Eintragung nicht geschehen konnte, und das Pfandrecht brieflich bestellt werden mußte[253]).

Die Entstehungszeit unserer Institution läßt sich nur annähernd feststellen. Die älteste uns bekannte Eintragung stammt aus dem Jahre 1356[254]). Die gleich darauf folgende ununterbrochene Reihe[255]) von Pfandrechtseintragungen aus dem 14. Jahrhundert zeigt darauf hin, daß wir es hier mit einer festgestellten und ziemlich entwickelten Institution zu tun haben[256]). Das Rosenberger Rechtsbuch[257]) kennt das

[251]) Als Beispiel diene die landtäfliche Eintragung 42, H. 1 vom Jahre 1511.

[252]) .... cum solo camerario vel auctoritate propria sine camerario se intromittere. Hoftafel XIV, 264 vom Jahre 1404.

[253]) Archiv Český I, 405 (vom Jahre 1420).

[254]) Hoftafel I, 105.

[255]) Hoftafel XIV. (Die Numerierung ist eine spätere und verworrene.) 2, 3, 4, 7, 20, 27, 156, 212, 227, 247, 270, 293, 297 ....

[256]) Lateinische Form lautet: J. protestatus est coram ben. Prag., se teneri CCC sex. gr. prag. U., quas quidem pecunias omnes ei soluere debent et tenentur scilicet in ..., ita si non soluerunt, ex tunc ipse cum solo cnmerario poterit se intromittere de hereditatibus ipsorum omnibus et rebus mobilibus habitis et habendis, easque tenere.

Pfandrecht mit Besitznahme nur als ein briefliches Pfandrecht. Da die betreffenden Artikel dieses Rechtsbuches nach Sigel[258]) zu den ältesten des Ganzen gehören, und wahrscheinlich bereits am Anfange des 13. Jahrhunderts entstanden, kann man daraus schließen, daß unsere Institution schon um das Jahr 1300 vorhanden war. Während aber das Rosenberger Rechtsbuch nur die Briefform mit Zeugen kennt, erwähnt schon Andreas von Duba[259]) nur die landtäfliche Form, welche seit der Zeit an zur Regel geworden, die briefliche Verschreibung[260]) dagegen zur Ausnahme. Man verlangte dazu die oben erwähnte Landtafelfähigkeit und die vollkommene Dispositionsfähigkeit des Schuldners mit seinem Gute. Die gemeinsamen Eigentümer (unitores) konnten nur zusammen ihr Gut verschreiben. Auch das Verschreiben eines Teiles desselben war, wenn vertragsmäßig darüber keine Ausnahme gemacht worden war, nur mit Zustimmung aller übrigen Miteigentümer erlaubt[261]).

Der Schuldner behielt den Besitz des verpfändeten Gutes, war aber in seiner Disposition damit beschränkt und hatte den durch Vertrag bestimmten Zins zu zahlen. In der älteren Zeit stand diese Pflicht unter strafrechtlicher Sanktion[262]); später

---

vendere, alienare, obligare, dare, legare et de ipsis disponere pro libito suo quidquid sibi placebit.... Hoftafel XIV, 27 vom Jahre 1377. Aehnlich Jireček, Codex II, 2, 291. Formae litterarum 51, 56. — Böhmische Form bei Všehrd V, 4, 1.

[257]) Art. 186 und 187.

[258]) Lectures on Slavonie Law, London 1902.

[259]) Art. 107.

[260]) Der Brief mußte vor der Exekution bei der Landtafel deponiert werden. Vladislavische Landesordnung, Art. 113; Landesordnung 1530, Art. 112.

[261]) Rel. Tab. I, 119, 151.

[262]) „Kdožby kolivěk komu dskami aneb na mocný list královský statek svuoj zapsal aneb zavázal, a potom jej prodal, nezměně toho zápisu a neočiště, má na hrdle trestán býti jaho úkladník a falešník.“ (Wenn jemand einem anderen sein Gut durch die Landtafel oder im Wege eines königlichen Machtschreibens verschreibt oder verpfändet,

waren nur die privatrechtlichen Folgen geregelt. Wenn der Schuldner den Zins nicht zahlte, oder wenn die Schuld zahlbar geworden ist und der Schuldner sie nicht beglich, konnte der Gläubiger die Besitznahme vornehmen.

Der Schuldner hatte das Recht, nach erfolgter Zahlung die Löschung des Pfandrechtes zu verlangen. Der Gläubiger war nicht auf sein Pfandrecht beschränkt, sondern hatte auch einen persönlichen Schuldanspruch gegen den Schuldner, der hauptsächlich dann zum Vorscheine kam, wenn das Pfand zur Deckung der Schuld nicht ausreichend war. Es erscheint also das Pfandrecht als ein Accessorium, welches eine Forderung voraussetzt, deren Zahlung durch generelle[263]) oder spezielle[264]) Verpfändung von Gütern und Zinsen[265]) gesichert wurde. Das Recht des Gläubigers wurde als ein Sachenrecht aufgefaßt, so daß ihm der weitere Verkauf des Gutes keinen Schaden bringen konnte[266]).

Das Recht des Gläubigers zur Besitznahme verjährte in 3 Jahren und 18 Wochen von der Zeit an gerechnet, wo die Besitznahme wirksam durchgeführt werden konnte. Die von den Parteien hinzugefügte Klausel „solvendae, quando ipsis carere nollent,“ wurde von Rechts wegen nicht anerkannt[267]). Nur durch eine Unterbrechung des Rechtes wegen Krieg, Unruhen und ähnliches wurde die Verjährung gehemmt[268]).

---

und dasselbe dann veräußert, ohne diese Verschreibung abzuändern und das Gut von derselben zu befreien, soll als ein Fälscher und Nachsteller am Halse gestraft werden.) Rel. Tab. II, 511.

[263]) Hoftafel I, 105 (1356); XIV, 27 (1377), 222 (1388).

[264]) Hoftafel XIII, 43 (1387); XIV, 156 (1391); XXI, 223 (1438).

[265]) Hoftafel XV, 72; Všehrd V, 5, 5.

[266]) Diese Auffassung zeigt sich am besten in der Vorschrift, daß die Verschreibungen immer wie alle Sachenrechte in die Landtafel einzutragen seien, und daß sie nie vom Burggrafen in seine Register, in welchen die einfachen Schuldverschreibungen registriert wurden, angemerkt werden sollen. Vladislavische Landesordnung, Art. 398.

[267]) Všehrd VI, 41.

[268]) Vladislavische Landesordnung, Art. 115.

Wenn die Verschreibung auf mehrere Personen gemeinschaftlich lautete, so konnten auch einzelne von ihnen die Besitznahme vornehmen und die Verjährung mußte auch für jede einzelne Person separatim festgesetzt werden[269]).

Nach der Besitznahme konnte der Pfandgläubiger sein Recht ohne weiteres an dritte Personen übertragen. Nur dann wenn die Verschreibung auf intromissio cum camerario lautete, und der Gläubiger sine camerario sich in den Besitz des Pfandobjektes gesetzt hatte, war es nötig vor der weiteren Veräußerung desselben entweder die Besitznahme noch einmal und zwar diesmal mit einem Gerichtspedellen vorzunehmen, oder den Ablauf der Verjährungszeit abzuwarten[270]). Die Uebertragung geschah meistens in der Form einer Juxta[271]).

---

[269]) Vladislavische Landesordnung, Art. 122.

[270]) Vladislavische Landesordnung, Art. 116.

[271]) Als Beispiel solcher Art ist die Eintragung in der Hoftafel XXI, 62, vom Jahre 1437 anzuführen:

Nach der Verschreibung eines Gutes folgt:

Anno 1450, S.... cum camerario R.... intromisit se de hereditatibus dotalibus obligatis.

Juxta: 1450 ... S. ... protestatus est coram ben. prag., quod de omni jure suo quodcunque habet virtute praesentis obligationis ad hereditates in M. ... condescendit L. de J. ad habendum, tenendum, vendendum, alienandum, obligandum et faciendum. ...

Juxta: 1453 ... A filia olim F. in obligacione nominati protestata est cor. b. pr., quod omne jus suum ... nichil juris sibi amplius ad predictas hereditates reservando, vendidit L. de F. pro XI. mar. et in eo jure, sicut sola habuit condescendit.

Die Juxta ist also eine Schrift, welche neben einer Verschreibung, die in die Landtafel eingetragen war, gesetzt wurde, um entweder dieselbe zu quittieren, zu löschen oder auch zu prolongieren. Sie wurde eingeführt, um die Ausstellung neuer Urkunden zu ersparen (Brandl, Glossarium 84). — Ihren Höhepunkt haben die Juxta erreicht im 15. Jahrhundert, wo sie die wahre bücherliche Eintragung überhaupt zu verdrängen drohten. Um nun diesem Unfug ein Ende zu machen, verbot man im Jahre 1456 die Juxta unter Androhung des Amtsverlustes für den Schreiber überhaupt, mit der Motivierung, sie seien des Landtafelinstitutes unwürdig (Rel. Tab. I, 172). Der wahre Grund dieses Ver-

Das bloße noch nicht realisierte Pfandrecht wurde zwar selten veräußert, aber hie und da geschah es doch. Als Maximalveräußerungssumme galt in der Regel die Höhe des verschriebenen Geldes; für ein eventuelles Plus mußte ein separates Pfandrecht bestellt werden [272]).

Auch findet man manchmal bei der Verschreibung die Klausel eingeschoben, daß der Schuldner der Schuld frei sein solle, falls er den Gläubiger überlebe [273]), wodurch gewöhnlich ein anderer unten noch näher angeführter Zweck verfolgt wurde.

Nach Všehrd sollte dabei die Gewährleistung, die bei der älteren Satzung immer vorkam, ausgeschlossen sein. Doch erlaubt die Entscheidung des Landrechtes vom Jahre 1456 [274]) eine Uebertragung der Gewährleistung in der Weise, daß der Gewährmann des Schuldners direkt dem Gläubiger haftete. Freilich erhöhte sich die Gewährleistung nicht um das gewöhnliche Drittel, sondern nur um den Schaden und die Kosten [275]).

Während bei der älteren Satzung eine mehrfache Verpfändung ausgeschlossen war, kam sie bei der jüngeren oft

---

botes war aber finanzieller Natur; bei den Juxta kamen nämlich die Beamten zu kurz, da hier bloß der kleinere Schreiber eine Gebühr zu fordern hatte.

Daß später die Juxta wieder aufkamen, beweist sowohl Všehrd, wie zahlreiche spätere Eintragungen (z. B. Landtafel 42, E. 7 vom Jahre 1542).

[272]) Pangerl, Urkundenbuch Goldenkron 447 vom Jahre 1444; Vladislavische Landesordnung Art. 98; Landesordnung 1549, Art. G. 2; Landtafel 45, F. 13 vom Jahre 1539; 84, G. 46 vom Jahre 1520.

[273]) . . . facit sibi gratiam specialem, si ipsum de M. prius mori contingerit, dicto debito non soluto, extunc ipse B. ab hac obligatione et debito a quolibet homine erit liber et solutus . . . Hoftafel XIV, 22 vom Jahre 1398. — Später böhmisch, so Hoftafel XVII vom Jahre 1450.

[274]) Archiv Český III, 319; Landesordnung 1549, Art. G. 18; Landesordnung 1564, Art. E. 6.

[275]) Usque dicte summe perceptionem cum dampnis et impensis . . . Hoftafel XIV, 212 vom Jahre 1388.

vor. Das Verhältnis zwischen diesen Pfandrechten wurde durch folgende Sätze geregelt:

Die ältere briefliche Verpfändung konnte nur dann gegen die jüngere landtäfliche reüssieren, wenn in der vorgeschriebenen Zeit auf Grund derselben ein Widerspruch (odpor) angemeldet wurde; geschah dies nicht, so verjährte das Recht aus der brieflichen Verpfändung gänzlich[276]).

Die jüngere briefliche Verpfändung hatte der älteren landtäflichen gegenüber keine Bedeutung[277]).

Zwischen zwei landtäflichen Verpfändungen hatte die ältere den Vorrang[278]).

Wenn ein Gut ohne Angabe der Pfandsumme verpfändet war, so konnte es überhaupt nicht weiter verschrieben werden; war dagegen die Pfandsumme festgesetzt, so war es nötig, diese zuerst beim Landtafelamte zu deponieren, worauf man das Gut weiter verschreiben konnte. Es war also auch bei dieser Art des Pfandrechtes ausgeschlossen, dasselbe Gut in mehreren Summen neben- oder nacheinander zu verpfänden. Das hängt wohl mit der alten Ansicht zusammen, wonach die Pfandsache in ihrer Totalität dem Pfandgläubiger verbunden ist[279]).

Von der allgemeinen Regel, daß das Pfandrecht einen Vorrang vor der gewöhnlichen Schuld besaß, findet sich im böhmischen Rechte die Ausnahme, daß alle Bürgen einer Person, welche die verbürgte Schuld wirklich bezahlt hatten und von denen nur einige durch ein Pfandrecht gesichert sind, die anderen aber nicht, von ihrem Gute auf gleiche Weise befriedigt werden sollen[280]).

Aehnlich Archiv Český I, 403 vom Jahre 1420.

[276]) Jireček, Codex III, 2, 12 vom Jahre 1437; Reb. Tab. I, 105; Archiv Český XIX, 513.

[277]) Archiv Český XIX, 497 und 595.

[278]) Jireček, Codex III, 2, 28 vom Jahre 1455.

[279]) Rel. Tab. I, 181 vom Jahre 1487; Analogie der Vladislavischen Landesordnung Art. 93.

[280]) Rel. Tab. II, 511; Vladislavische Landesordnung Art. 205.

§ 8.

Das Immobiliar-Pfandrecht in Mähren.

Das mährische Recht schritt in seiner Entwickelung etwas langsamer als das böhmische fort. Dies dokumentiert sich schlagend auch in der Institution der Landtafel, welche in Mähren nicht jene vorzügliche Stellung erreicht hat, wie es in Böhmen der Fall war, wo alle auf die Immobilien sich beziehenden Rechtsgeschäfte im Wege der Landtafel geschahen und geschehen mußten, was in Mähren nicht der Fall war. Vielmehr gab es in Mähren eine ganze Reihe von Immobiliarrechtsgeschäften, die in der Landtafel keinen Platz fanden. So war es auch mit dem Pfandrechte. In Mähren finden wir keine Hypothekarbücher.

Nach der Instruktion Karls IV. aus dem Jahre 1359[281]) sollten auch die Verpfändungen (Obligationes) Gegenstand der bücherlichen Eintragung sein; und man findet wirklich in den älteren Kwaternen einige solche Eintragungen[282]); doch bald darauf verschwinden derartige Eintragungen vollständig[283]).

---

[281]) Vergl. Jireček, Codex II, 2, 398.

[282]) So finden wir eine Gutsverpfändung in der Brünner Landtafel I, 119 (vom Jahre 1349); III, 260, 317, 464; V, 403 (vom Jahre 1371) und eine Grundzinsverpfändung in der Brünner Landtafel I, 77; III, 581 und in der Olmützer Landtafel I, 38 (vom Jahre 1348).

[283]) Als Beleg dafür dient einerseits der Umstand, daß man die Pfandverträge tatsächlich in der Landtafel nicht findet, sowie die Bestimmungen des Drnowitzer Rechtsbuches (St. 46): . . . ktož chce komu co ve dsky klásti a dskami zawázati, w tom wkladu nemuž žádných wymínek učiniti, neb by we dsky wloženo nebylo . . . (will jemand einem andern etwas in die Landtafel eintragen und durch die Landtafel übertragen lassen, so darf der in dieser Eintragung keine Bedingung einsetzen, denn in diesem Falle dürfte die Eintragung nicht geschehen) . . . und (St. 87) in der Beschreibung der Formel des Pfandes heißt es: item pak to ve dsky vkládání a vymazání přeskoč . . . (J. ist beiseite zu lassen die Anmerkung von der Intabulation und Extabulation). Ausdrücklich wurde das Pfandrecht aus der Landtafel ausgeschlossen durch einen Landtagsbeschluß vom Jahre 1494.

Die Verpfändung geschah auch dann wie früher in Briefform. Als Ursache davon kann nur angeführt werden, daß man in Mähren viel länger und ausgedehnter von dem Einlager (ležení) als Sicherungsmittel Gebrauch gemacht hat. Die Folge davon war, daß sich das Pfandrecht sehr wenig entwickelte, indem die jüngere Satzung sehr selten vorkam und die abgekürzte Exekution, die Besitznahme, überhaupt nicht entstand.

Die hauptsächlichste Pfandrechtsart in Mähren war das Pfandrecht mit Besitz neben einigen spärlichen Anklängen anderer Formen.

1. Das Pfandrecht mit Besitz wurde durch einen brieflichen Vertrag zwischen den handlungsfähigen Parteien beschlossen, welchem Vertrage die tatsächliche Uebergabe des Besitzes entweder voranging oder ihm nachfolgte. Formell unterschied man zwischen Pfand (zástava) und Wiederkauf. Bei der ersteren Art wurde auch die Form der zástava (zastavuji . . .)[284]) eingehalten, während man bei der zweiten denselben Zweck durch einen bedingten Kaufvertrag verfolgte[285]). Der Vertrag mußte ausführlich alle Teile des Pfandobjektes, auf die sich das Pfandrecht zu erstrecken hatte, anführen, da sonst die ausgebliebenen frei wären[286]).

Als Gegenstände der Verpfändung erscheinen: Erbgüter[287]), Schlösser und Städtchen[288]), einzelne Gebäude, Mühlen[289]) und Höfe[290]), einzelne Grundstücke[291]) und sehr häufig auch der Grundzins[292]).

Das Pfand ging in den Besitz des Gläubigers über und

---

[284]) Kn. Tovačovská Art. 177; Kn. Drnovská St. 85.

[285]) Kn. Drnovská St. 85.

[286]) Kn. Tovačovská Art. 177.

[287]) Codex Moraviae IX, 127 vom Jahre 1359; X, 122 vom Jahre 1371.

[288]) Codex Moraviae XIII, 37 vom Jahre 1400.

[289]) Codex Moraviae VIII, 292 vom Jahre 1385.

[290]) Codex Moraviae IX, 232 vom Jahre 1361.

[291]) Codex Moraviae V, vom Jahre 1272; XII, 329.

[292]) Codex Moraviae XIII, 329; XIV, 82 vom Jahre 1409.

dem Schuldner blieb nur das Auslösungsrecht vorbehalten. Die Auslösung konnte durch Vertrag auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden[293]), oder sie konnte entweder nach einer Kündigung oder auch ohne dieselbe wann immer geschehen. Da das Recht der Kündigung gewöhnlich jeder der beiden Parteien zukam[294]), so muß dieses Pfandrecht als ein Accessorium angesehen werden, wo der Gläubiger nicht an das Pfand allein beschränkt war, sondern neben demselben noch eine persönliche Forderung hatte.

Der Gläubiger konnte die verpfändete Sache benützen, wobei gewöhnlich die Benützung als Aequivalent der Zinsen angesehen wurde. War der Wert des Pfandobjektes im Vergleich zur Schuld sehr groß, so bekam der Schuldner eine vertragsmäßig bestimmte Entschädigung für den Rest des Nutzens[295]). Gewöhnlich hatte der Gläubiger nur das Possidendum des Pfandobjektes; sollte ihm ein Verkauf erlaubt sein, so mußte der Vertrag ein Vendendum enthalten[296]). Hie und da kam auch ein Verfallspfand vor, wobei nach dem Verfalle eine Intabulation des Gutes nötig war[297]).

Die Verjährung der Ansprüche aus einem Pfandbriefe erfolgte in fünfundzwanzig Jahren[298]).

Bei der Auslösung des Pfandes wurde der Pfandbrief zurückerstattet; bei einem Grundzinspfande sollten auch die Zahlungsregister herausgefolgt werden. Manchmal waren bei der Auslösung neben der Schuld auch noch gewisse, vertragsmäßig bestimmte Kosten zu zahlen[299]). Es kommen auch

---

[293]) Emler, Regesta II, 531 vom Jahre 1281; Codex Moraviae V, 4 vom Jahre 1294; VI, 71 vom Jahre 1313.

[294]) Kn. Drnovská 85.

[295]) Codex Moraviae V, 4 vom Jahre 1294; VIII, 292 vom Jahre 1355.

[296]) Brünner Landtafel I, 51 vom Jahre 1349.

[297]) Emler, Regesta II, 531 vom Jahre 1281; Codex Moraviae X, 4 vom Jahre 1294; VI, 71 vom Jahre 1313; IX, 232 vom Jahre 1361.

[298]) Kn. Tovačovská Art. 183; Kn. Drnovská St. 82.

[299]) Codex Moraviae VI, 71 vom Jahre 1313.

Fälle vor, wo bestimmt wurde, daß die Zahlung nur durch eigenes Geld zu erfolgen habe[300]), wodurch die Auslösung bedeutend erschwert erschien.

Die Gewährleistung kam hier vor in derselben Form wie beim Kaufe; sie erfolgte durch Stellung von Bürgen und Hinzufügung des Einlagers[301]). Durch Bürgen und Einlager wurde auch die Zahlung der Pfandschuld gesichert, wenn dem Gläubiger ein Kündigungsrecht zukam[302]).

Die Pfandrechtsstreitigkeiten gehörten je nach dem Betrage entweder vor das große[303]) oder vor das kleine[304]) Landrecht.

2. Andere Arten des Pfandrechtes kamen in Mähren äußerst selten vor. Der Grund dafür war eine große Abneigung gegen jede Neuheit im Rechte, die in Mähren zu der Bestimmung führte, daß ein jeder ungewöhnliche Pfandbrief mit einer Strafe von 10 % der verschriebenen Summe bestraft wurde[305]). Die mährischen Formelbücher führen auch tatsächlich nur die alte Satzung an.

Die Todsatzung finden wir noch am ehesten bei den königlichen und markgräflichen Verschreibungen[306]); die jüngere Satzung, die meistens Verfallspfand war, indem der Schuldner sich verpflichtete, im Falle der Nichtzahlung das Eigentum dem Gläubiger in die Landtafel einzutragen[307]), und bei der nur ausnahmsweise ein Nutzungspfand vorkommt[308]), wurde von den Klöstern angewendet.

---

[300]) Codex Moraviae IX, 232 vom Jahre 1361.

[301]) Kn. Tovačovská Art. 177; Kn. Drnovská St. 86; Codex Moraviae IX, 127 vom Jahre 1359 und 232 vom Jahre 1361; X, 122 vom Jahre 1371.

[302]) Kn. Drnovská St. 86.

[303]) Kn. Drnovská St. 24.

[304]) Codex Moraviae XIV, 71 vom Jahre 1409.

[305]) Mährische Landesordnung 1545, Bl. VI.

[306]) Codex Moraviae XIII, 142 vom Jahre 1401.

[307]) Codex Moraviae XV, vom Jahre 1392.

[308]) Codex Moraviae VIII, 95 vom Jahre 1351.

§ 9.

Das Immobiliarpfandrecht nach den verneuerten Landesordnungen.

Die verneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren unifizierten das Pfandrecht der beiden Länder beinahe vollkommen, und die Erläuterungen, Deklaratorien und Novellen für Böhmen und die Landtafelinstruktion für Mähren brachte diesen Prozeß zu Ende. Das alte mährische Recht wurde zur Seite geschoben und an dessen Stelle trat überall das entwickeltere böhmische ein.

Zu bücherlicher Eintragung war das böhmische Inkolat nötig, das jedoch von nun an durch den König allein ohne Zuziehung der Städte verliehen wurde.

Die persönliche Anwesenheit des Eintragenden ist regelmäßig nötig[309]. Nur im Krankheitsfalle holten die Landesbeamten seine Erklärung ab, und im Falle einer Abwesenheit vom Lande war ein Stellvertreter zulässig[310]. Anders blieben die Bestimmungen über den Irrtum und über die Handlungsunfähigkeit unverändert[311].

In der Form ist die Möglichkeit deutscher Eintragungen neu gestattet[312].

Die Verpfändung kommt hier in doppelter Form vor: entweder als Verpfändung im engeren Sinne (alte Satzung) oder als Verschreibung mit Einführung[313] (jüngere Satzung).

---

[309]) Böhm. V. Landesordnung Art. J, XI; Mähr. V. Landesordnung Art. 272.

[310]) Böhm. Ordnung Art. J. XII und XIV; Mähr. Ordnung Art. 273 und 274. Im letzteren Falle war das nachträgliche persönliche Erscheinen nötig.

[311]) Böhm. Ordnung Art. J. XV—XVIII; Mähr. Ordnung Art. 275 bis 278.

[312]) Böhm. Ordnung Art. J. VI und VII; Mähr. Ordnung Art. 271.

[313]) Wir haben oben den böhmischen Ausdruck uvázání dem Sinne nach auszudrücken versucht durch Besitznahme; die Verneuerten Landesordnungen übersetzen ihn aber hier mit Einführung.

In Mähren wird dadurch die Verpfändung durch Verschreibung mit Einführung zum ersten Male nach böhmischem Muster eingeführt, nur ist hier freilich an Stelle des böhmischen Kämmerlings eine geschworene Person des kleinen Amtes getreten. In beiden Fällen konnte die Verpfändung im Wege der Landtafel oder eines Briefes erfolgen.

Bei der Verpfändung im engeren Sinne erfolgte die Auslösung des Pfandes nach einer bestimmten Zeit oder nach Kündigung, die eventuell das ganze Leben lang willkürlich stattfinden konnte[314]). Wollte der Gläubiger das Geld nicht annehmen, so wurde dasselbe für ihn beim Landtafelamte deponiert[315]). Der Gläubiger hatte jetzt ohne weiteres die freie Disposition über sein Recht, indem er dasselbe nach seinem Belieben veräußern und übergeben konnte.

Auch die Verschreibung mit Einführung hat keine Aenderungen nachzuweisen[316]).

War jemand durch eine bücherliche Eintragung in seinen Rechten verkürzt, so konnte er den Widerspruch (odpor) mit allen oben angeführten Folgen erheben[317]). Gegen die Einführung selbst war ein Widerspruch nur von seiten einer dritten Person möglich, der Eigentümer des Grundes, auf welches die Einführung geschah, war auf den gewöhnlichen Rechtsweg angewiesen[318]).

Die Deklaratorien des Jahres 1640 und die Landtafelinstruktion vom 2. Januar 1642[319]) haben einige Neuerungen gebracht.

---

[314]) Böhm. Ordnung Art. K. XXXIV—XXXVI; Mähr. Ordn. 310—312.

[315]) Böhm. Ordnung Art. K. XXIX; Mähr. Ordnung Art. 305.

[316]) Böhm. Ordnung Art. L. I, V—VII, XV; Mähr. Ordnung Art. 318 bis 320, 325, 330.

[317]) Die Verneuerten Landesordnungen übersetzen das böhmische Wort odpor überhaupt nicht, sondern sprechen von Odpor, Odporklage etc. Böhm. Ordnung Art. J. XX; Mähr. Ordnung Art. 239.

[318]) Böhm. Ordnung Art. J. XXIII und XXIV.

[319]) Abgedruckt bei Demuth, Geschichte der Landtafeln im Markg. Mähren. Brünn 1857.

Von nun an konnte die Verpfändung nur durch bücherliche Eintragung geschehen. Die briefliche Verpfändung war zwar nicht ungültig, doch stand sie der bücherlichen nach und das Gericht konnte seine Hilfe zu ihrer Realisierung nicht gewähren[320]. Freilich blieb es erlaubt, den Pfandbrief mit einer Eintragungsklausel zu versehen, in welchem Falle der Gläubiger die Eintragung wann immer ohne weiteres erlangen konnte[321].

Zugleich ist die Einführung (Besitznahme), welche bis jetzt nur eine vertragsmäßige Form war, zu einer gesetzlichen geworden[322].

§ 10.

Das Immobiliarpfandrecht mit einem spezifischen Zwecke.

Das böhmische Recht umfaßte neben dem allgemeinen Pfandrechte, dessen Zweck es war, die größere Sicherheit einer Schuld ohne Rücksicht auf deren Inhalt herbeizuführen, noch einige spezielle, ganz bestimmten Zwecken dienende Pfandrechte. Es waren dies: das Erbpfandrecht (zástava dědická), das Dotalpfandrecht (zástava věnná) und das Gewährpfandrecht (zástava správni). Ihr besonderer Zweck hatte gewisse spezielle Aenderungen in die allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätze herbeigeführt.

1. Das Erbpfandrecht (zástava dědická) hängt mit dem königlichen Heimfallsrechte zusammen[323]. Je länger dieses königliche Recht in Geltung war, desto mehr Mittel fand man, es zu umgehen. Eins der interessantesten dieser Mittel ist die Anwendung der jüngeren Satzung als Erbver-

---

[320]) Declar. Art. Ee. V und VI.

[321]) Declar. Art. Ee. XV.

[322]) Declar. Art. Ee. IX.

[323]) Ueber das böhmische Heimfallsrecht vergl. Čelakovský, Das Heimfallsrecht auf dem freivererblichen Vermögen in Böhmen. Prag 1882; Brüneck, Das Heimfallsrecht und die Gütervereinigung im älteren böhmisch-mährischen Recht in Zeitschrift der Savigny-St. f. R. G. XX.

schreibung (zápis nápadní) zu diesem Zwecke. Diese Erbverschreibung kommt in doppelter Gestalt vor, nämlich als Erbverschreibung mit einem freien Platze und als Erbverschreibung ohne einen solchen (zápis nápadní s místem, bez místa).

Bei einer Erbverschreibung mit einem freien Platze ließ man in der bücherlichen Eintragung hinter dem Namen desjenigen, dem die Verschreibung lautete, einen leeren Raum übrig, auf den man später den Namen eines anderen Menschen noch nachtragen konnte. In diesem Raum wurde später ein guter, treuer Freund eingeschrieben, der nötigenfalls auf die Eintragung verzichtete und ihre Löschung gestattete (propustil zápis). Es war nämlich bei dieser Art von Eintragungen das kuriose, daß sie, obzwar für mehrere Personen lautend, durch die Erklärung einer einzigen von ihnen getilgt und gelöscht werden konnten[324]. Gewöhnlich wurde diese Bestimmung, welche als Grundsatz eine allgemeine Geltung erlangt hatte, sicherheitshalber doch in Form einer Klausel der Eintragung beigefügt[325]. Die solcherweise erfolgte Löschung wurde der Eintragung selbst angehängt[326].

Da der Gutseigentümer durch eine derartige Erbverschreibung in seinen Dispositionsrechten bedeutend beschränkt war, hing es schließlich doch von ihm ab, ob er diese vertragsmäßig und bedingungsweise gewähren wolle oder nicht. Und so finden wir in derartigen Eintragungen verschiedene Anmerkungen, z. B. daß dem Verschreibenden das Recht, die Sache durch Veräußerungen zu verringern[327], oder über die Verschreibungssumme frei zu disponieren, vorbehalten bleibe[328].

---

[324]) Všehrd VI, 39, 8.

[325]) . . . A když by jeden z nich Janovi tento zápis propustil, moené býti má, jako by oba propuštěli . . . . (Und wenn einer von ihnen dem Haus diese Eintragung löschen ließ, soll das dieselbe Geltung haben, als ob beide dies täten . . . . (Landtafel 249 A. vom Jahre 1540.)

[326]) So in der Landtafel z. B. 226, A. 17 etc.

[327]) Všehrd VII, 12.

[328]) Archiv Ceský XIX, 597.

Derjenige, dem die Verschreibung lautete, war berechtigt, die Besitznahme vorzunehmen. Dies mußte aber binnen der Verjährungsfrist seit dem Tode des Verschreibers geschehen; die oft hinzugefügte Klausel „solvendas, quando eis carere nollent“ war in dieser Hinsicht ganz nutzlos[329]. Wenn die Verschreibung für mehrere Personen gemeinsam lautete, so wurde diese Verjährungsfrist für einzelne separat gerechnet[330]. Starb derjenige, dem die Eintragung lautete, vor dem Verschreiber und war in der Eintragung die Klausel „und seinen Erben“ (a jeho dědicům), so waren seine Erben berechtigt, sein Recht auszuüben[331].

Hatte der Verschreiber eigene Kinder, so galt die Verschreibung als eine fideikommissarische (svěřený) auch dann, wenn dies nicht ausdrücklich betont war[332]. Die Legatarii[333] hatten hier, solange nur eines von den Kindern am Leben war, gar kein Recht, wobei es vollständig gleichgültig war, ob das Kind vor oder erst nach der Verschreibung geboren wurde[334]. Ein jedes Kind konnte, als es zu seinen Jahren kam, den leeren Raum durch eine ihm gut bekannte Person ausfüllen lassen und durch diese die Löschung der Eintragung bewirken[335]. Bei mehreren Kindern genügte es, wenn das älteste von ihnen volljährig wurde, wobei jedoch die Erteilung der venia aetatis[336] ausgeschlossen war.

Eine ähnliche Bestimmung galt übrigens auch bei einer

---

[329]) Hoftafel XIV, 284; Všehrd VI. 41.

[330]) Vladislavische Landesordnung Art. 201.

[331]) Všehrd VI, 39, 7; Archiv Český XIX, 596.

[332]) Všehrd VI, 40, 1—5; Rel. Tab. I, 119.

[333]) Die quellenmäßige Bezeichnung für denjenigen, für welchen die Verschreibung lautet. Böhmisch zápisník.

[334]) Rel. Tab. I, 156 vom Jahre 1487.

[335]) Vladislavische Landesordnung Art. 181; Landesordnung 1549, Art. F. 6.

[336]) Vergl. näher Kapras, O zletilosti dle práva českého (Von der Volljährigkeit nach dem böhmischen Rechte in Časopis Matice Moravské 1904).

Erbverschreibung ohne einen freien Platz, nur mit der Aenderung, daß hier der Legatar gezwungen werden konnte, sein Recht selbst aufzugeben[337]).

Mit der Zeit erweiterte man den Inhalt dieser Erbverschreibungen dermaßen, daß sie langsam zu wahren Testamenten geworden sind[338]). Man verschrieb nicht nur sein Eigentum, sondern auch solche Sachen, die man erst später zu erwerben hoffte[339]); man fügte verschiedene Bedingungen bei und sorgte besonders um Substitution derart, daß man das Gut mehreren Erben gleichenteils verschrieb, wobei der durch Tod erledigte Anteil eines Erben entweder unter die anderen gleichermaßen verteilt wurde oder direkt einem bestimmten von ihnen zufiel und erst nach dessen Tode allen übrigen oder wieder einem von ihnen[340]).

Zur Vornahme eines solchen Erbverschreibens mit dem leeren Raume war unter anderem neben dem Vater für seine Kinder auch der väterliche Vormund[341]) für die ihm anvertrauten Waisen, nicht aber der unabgeteilte Bruder für seine unabgeteilte Schwester berechtigt[342]).

Die Entstehungszeit dieser Rechtsinstitution ist schwer zu bestimmen. Die ältesten Erbverschreibungen stammen aus den Jahren 1405—1413[243]). Die Erbverschreibungen mit einem freien Orte sind noch jünger, denn die erste uns bekannte fällt in das Jahr 1463[344]). In der Landesordnung vom Jahre 1564[345]) findet man sie noch in voller Geltung, aber

---

337) Landesordnung 1549, Art. F. 4.

338) Vergl. z. B. die Eintragungen in der Landtafel 249, A. 14b; B. 9a etc.

339) Všehrd VII, 11.

340) Archiv Český XIX, 596.

341) Všehrd VI, 40, 2 und 3; VII, 13.

342) Archiv Český XIX, 483; Landesordnung 1549, Art. E. 39.

343) Jireček, Codex II, 2, 387.

344) Hoftafel XXI, 226a, 326; weiter XXI, 251 (vom Jahre 1464) etc.

345) Art. J. 47 und K. 16.

die verneuerte Landesordnung tut von ihnen keine Erwähnung mehr.

In Mähren kommen diese Erbverschreibungen aus dem Grunde nicht vor, weil da die Verschreibung mit Besitznahme oder mit Einführung überhaupt nicht vorhanden war.

2. Das Dotalpfandrecht[346]), welches zur Sicherstellung eines Heiratsgutes diente, konnte in Form eines Briefes oder in Form der landtäflichen Eintragung stattfinden.

Das landtäfliche Dotalpfandrecht[347]) kommt fast ausschließlich in der Form der älteren Satzung vor, da diese für die Frau bedeutende Vorteile hatte und die gewöhnlichen Nachteile derselben für den Mann auf eine bloße Dispositionsbeschränkung hinliefen. Und selbst diese Dispositionsbeschränkung konnte durch Transferierung des Heiratsgutes (přenesení věna) sehr leicht belanglos gemacht werden.

Die Eintragung des Dotalpfandrechtes geschah gewöhnlich erst nach der Hochzeit und auf Grund eines brieflichen, mit Bürgen und Einlager versehenen Vertrages[348]), welcher bei der Hochzeit selbst zu stande kam. In Böhmen erklärte einfach der Mann vor der Landtafel seinen Willen, das Dotalpfandrecht errichten zu wollen, und diese Erklärung ward in die Landtafel eingetragen. Die Anwesenheit des Weibes war

---

[346]) Ueber das böhmische eheliche Güterrecht vergl. Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhmisch-mährischen Landrecht. Leipzig 1883; Ruber, Beiträge zur Geschichte des Vormundschaftsrechtes in Mähren, 2. Aufl. Brünn 1885.

[347]) Die älteste Eintragung dieser Art ist in Rel. Tab. I, 25. . . . Henricus de Zymuntycz protestatus est coram Pragensibus beneficiariis, quod super hereditate sua in Zymunticz, super toto, quidquid ibi habuit cum hereditate et qualibet libertate ad ea pertinente, et cum jure patronatus ecclesie dotauit uxori sue domine Ancze et ei de dictis hereditatibus ad dotalem obligationem veram condescendit. Actum anno domini MCCCXVIII°VI, feria IIII. temporum Quadragesime . . .

[348]) Archiv Český I, 144, 413 und 414; Kn. Tovačovská Art. 139 und 178; Kn. Drnovská St. 64.

nicht nötig[349]). In Mähren mußte schon bei dieser ersten Dotaleintragung ein Uebernehmer der Mitgift (příjemce věna) auftreten, der für die entsprechende Sicherheit des Heiratsgutes zu sorgen hatte[350]) und für jeden Verlust desselben mit seinem ganzen Vermögen bürgte. Uebrigens sollte regelmäßig die Mitgift nur an einem reinen, d. h. unbelasteten Gute versichert werden und mußte, falls sich später erwies, daß das Gut belastet sei, auf ein anderes reines Gut transferiert werden (převod věna)[351]). Größerer Sicherheit halber wurde auch die Gewährleistung hinzugefügt[352]).

Solange die Ehe dauerte, war zwar die Disposition der Frau mit dem Heiratsgute beschränkt, aber sie konnte trotz dem Grundsatze „mulier in captivitate mariti est“ [353]) bücherliche Eintragungen über das Heiratsgut machen. Nach dem Tode des Mannes war die Frau vollständig frei, und konnte auch gegen die zur Zeit ihres Mannes gemachten Verfügungen auftreten, indem sie dieselben für erzwungen erklärte[354]).

---

[349]) Všehrd V, 11.

[350]) Kn. Tovačovská Art. 99; Kn. Drnovská St. 47; Mährische Landesordnung Bl. LXXIIII a.

[351]) Všehrd V, 21; VII, 8; Brandl, Libri citat. I, 236; II, 132 etc.

[352]) Všehrd V, 19.

[353]) Ueber die Bedeutung dieses Satzes (böhm. žena jest vêzeň svého muže), um den sich das ganze böhmische eheliche Güterrecht dreht, vergl. Brandl, Glossarium St. 361 und Czyhlarz, Eheliches Güterrecht St. 13.

[354]) Um diese Behauptung leichter beweisen zu können, sollte es die Frau gleich zur Zeit der Eintragung zweien oder dreien guten und glaubwürdigen Freunden anvertrauen, welche später als Zeugen auftraten.

Die Eintragung selbst geschah in der älteren Zeit so, daß die Frau ihren Willen kund gab und der Mann nur zustimmte. So noch: Woyslawa uxor Slawkonis . . . recognouit . . . quod hereditatem suam dotalem . . . vendidit . . . Et huic vendicionis Jesco, Ctibor et Slawek addiderunt plenum consensum et eciam cum eadem Woyslawa vendiderunt eidem . . .

Später nach Všehrd erklärte der Mann seinen Willen und die Frau stimmte ihm zu.

Gegen jedweden Eingriff in ihre Rechte wehrte sich die Frau gerichtlich[355]) und zur Erlangung des verlorenen Besitzes stand ihr ein Wehrlosbrief (list obranný) zu Gebote mit der gewöhnlichen Verjährungsfrist vom Todestage des Mannes[356]).

Alles das hatte seine Geltung nur dann, wenn ein Gut, wie es in der älteren Zeit allgemein war, als Heiratsgut ohne Angabe einer bestimmten Dotalsumme verpfändet wurde. Als aber später dies Dotalpfandrecht nur für eine bestimmte Dotalsumme errichtet wurde, hatte der Erbe des Gutes, wenn ihm das nicht besonders vom Erblasser versagt wurde, das Recht, das Dotalgrundstück durch Zahlung der betreffenden Summe an die Witwe zu befreien. Die Zahlung geschah durch landtäfliche Deposition und amtliche Vorladung der Witwe zur Einkassierung der Summe und zur Extabulation ihres Rechtes. Im Falle eines Widerwillens konnte die Witwe nach Všehrd durch Wehrlosbrief (list obranný) dazu gezwungen werden[357]).

Aber auch der Mann war, wie schon oben gesagt, in der Disposition mit dem Heiratsgute beschränkt. Es stand ihm zwar seine Nutznießung frei, aber veräußern durfte er dasselbe nicht, wenn er das Heiratsgut früher auf ein anderes Gut nicht transferiert hatte. Diese Transferierungen geschahen im böhmischen Rechte sehr häufig, wobei die persönliche Gegenwart der Frau und eines Uebernehmers der Mitgift erforderlich war. Gewöhnlich wurde zugleich die Dotalsumme erhöht[358]). Neben dieser spricht das altböhmische Recht von Transferierung des Heiratsgutes auch dann, wenn man es aus Mähren nach Böhmen oder umgekehrt übertragen hat,

---

[355]) Kn. Rožmb. Art. 82; O. I. T. Art. 74; Andreas von Duba Art. 23; Kn. Drnovská St. 62.

[356]) Všehrd V, 12: Archiv Český XIX, 590.

[357]) Všehrd V, 32; Kn. Tovačovská Art. 140—142; Drnovská St. 62; Mährische Landesordnung 1545, Bl. LXXXXIII a.

[358]) Všehrd V, 25—30; Rel. Tab. I, 431; Vladislavische Landesordnung Art. 96 und 191; Archiv Český XIX, 553, 554, 588; Kn. Tovačovská Art. 103.

oder wenn es aus einem Briefe in die Landtafel eingetragen wurde[359]).

Das briefliche Dotalpfandrecht hieß anfangs vznešení (oder vzne-še). Später bekam aber diese Bezeichnung eine ganz andere Bedeutung, indem man darunter den Dotalanspruch einer Frau verstand, welche ihr Heiratsgut weder bücherlich noch brieflich gesichert hatte. Es war also eine Art gesetzlicher Haftung für das nicht versicherte Heiratsgut einer dritten Person, in derem Hause das Hochzeitsmahl gefeiert wurde[360]).

Die briefliche Verpfändung kam dadurch aber nicht zum Verschwinden; man machte zwar einen spärlicheren Gebrauch von ihr, aber immerhin war sie nötig hauptsächlich dann, wenn es an einem geeigneten Verpfändungsgegenstande mangelte[361]) oder wenn man provisorisch das Heiratsgut gesichert haben wollte, um es später definitiv in die Landtafel eintragen zu lassen[362]).

Die verneuerten Landesordnungen haben darin nichts Neues gemacht und bloß das vznešení des Heiratsgutes abgeschafft[363]).

3. Das Gewährpfandrecht (zástava správní). Die Verpflichtung zur Gewährleistung war nach böhmischem Rechte nicht eine allgemeine, sondern nur eine vertragsmäßige[364]). Die Gewährleistung wurde in der älteren Zeit durch Hinzu-

---

[359]) Všehrd V, 31.

[360]) Všehrd V, 22; Vladislavische Landesordnung Art. 508; Landesordnung 1564, Art. Q. 15. — Näher bei Czyhlarz, Eheliches Güterrecht § 10.

[361]) Všehrd V, 21; Landesordnung 1549, Art. R. 9 und S. 39.

[362]) Všehrd V, 6 und 31.

[363]) Böhmische V. Landesordnung Art. M. XXXIV; Mährische V. Landesordnung Art. 383. — Die Bestimmungen über das Heiratsgut selbst enthalten viel aus dem Römischen.

[364]) Noch die Vladislavische Landesordnung hebt besonders hervor, daß Käufe ohne Gewähr erlaubt sind, Art. 149.

fügen des Einlagers (ležení) gesichert und dies blieb in Mähren auch später sowohl in Briefen wie in landtäflichen Eintragungen als Regel[365]). In Böhmen dagegen wurde es Sitte, zur Gewährleistung ein Pfandrecht zu errichten. Gewöhnlich wurde das eigene Gut verpfändet und erst in Ermangelung dessen auch ein begüterter Gewährsmann gestellt[366]).

Das Gewährpfand, seit alter Zeit eine besondere Abart des Pfandrechtes, ist ein Pfandrecht ohne Besitzübergabe, bei dem es nur ausnahmsweise zur Besitznahme (uvázání)[367]), regelmässig aber zur gewöhnlichen Exekution (zvod)[368]) gekommen ist.

Dem Gegenstande nach ist das Gewährpfandrecht entweder ein Spezialpfandrecht eines Grundstückes[369]) oder ein Generalpfandrecht des ganzen Vermögens[370]) oder auch primär ein Spezialpfandrecht und subsidiär ein Generalpfandrecht[371]). Im ersten Falle konnte nur das verpfändete Gut in Anspruch

---

[365]) Codex Moraviae XIV, Nr. 23 und 24; XV vom Jahre 1397; Kn. Tovačovská Art. 168 und 169; Kn. Drnovská St. 82.

Sehr selten sind die Fälle der pfandrechtlichen Gewährleistung in Mähren. So z. B.: . . . promittens sibi dicta bona ac suis heredibus seu sucessoribus ab omni impeticione sub ypotheca rerum suarum secundum ius terre inviolabiliter disbrigare . . . (Brünner Landtafel I, 23 vom Jahre 1348); ähnlich auch: . . . Et pro maiori huiusmodi disbrigationis et rei cautela statuit bona sua singula videlicet castrum . . . (Br. L. III, 194).

[366]) Všehrd IV, 11, 58.

[367]) . . . Ouod si aliqua pars parti alteri non disbrigaret, extunc pars, cui non fuit disbrigatum cum solo camerario Pragensi poterit impignerare partem non disbrigantem ubicunque habent vel habebunt in tercia parte plus pecunie antedicte absque omni citacione, tamquam in iure obtento . . . Rel. Tab. I, 472.

[368]) . . . Quod non si disbrigaret, tunc Pragenses benefidiarii debent inducere ipsum ementem super hereditates vendentis, ubi habet vel habebit in tertia parte plus pecunia antedicta nomine poene et impensarum omni absque citatione tamquam in iure obtento . . . Hoftafel XXI, 36.

[369]) Vladislavische Landesordnung Art. 139.

[370]) Ebenda Art. 153.

[371]) Ebenda Art. 138.

genommen werden, ohne Rücksicht darauf, ob es zureichend war oder nicht. Im zweiten Falle haftete das ganze Vermögen des Gewährmannes, wenn es auch unterdessen in fremde Hände gekommen wäre. Im letzten Falle mußte zuerst zu dem einzelnen Gegenstande gegriffen werden, und erst wenn dieser nicht ausreichte, zu dem übrigen Vermögen.

Die Gewährsumme wurde vertragsmäßig festgestellt und glich entweder der Verkaufsumme[372]) oder überstieg sie um ein Drittel (třetina správní, Gewährdrittel)[373]), aber nur selten war sie kleiner[374]).

Die Verjährung des Gewähranspruches geschah in drei Jahren und achtzehn Wochen, hie und da kommt aber auch eine ewige Gewähr (věčná správa) vor[375]).

Mit dem Uebergange des mit Gewährpfande belasteten Gutes blieb der Gewähranspruch, da er durch das Pfand einen reellen Charakter angenommen hatte, unangetastet[376]). Wurde aber dasjenige Gut, für das die Gewähr bestellt war, weiter veräußert, so hatte wieder nur der zweite Besitzer die Gewähr zu leisten mit der Berechtigung, sich eventuell an seinem Gewährmanne schadlos zu halten[377]). Eine Ausnahme von dieser Regel war zulässig nur dann, wenn in der Erbverschreibung die Worte „im selben Rechte, wie ich das Gut hatte und besaß“[378]), hinzugefügt waren, in welchem Falle die alte Gewähr auch für den Nachfolger unberührt geblieben ist[379]).

In Konkurrenz mit einem anderen Pfandrechte wurde das

---

[372]) Ebenda Art. 140.

[373]) Všehrd IV, 12.

[374]) Rel. Tab. II, 60.

[375]) Všehrd IV, 11, 8; Vladislavische Landesordnung Art. 195; Landesordnung 1549, Art. E. 42.

[376]) Vladislavische Landesordnung Art. 137.

[377]) Jireček, Codex II, 2, 265; Officium circa tabulas Nr. 65.

[378]) „v témž právě, jakož jsem ty dědiny sám měl a držel.“

[379]) Všehrd IV, 11, 18.

Gewährpfand jedem vollkommen gleichgestellt, so daß nur das Alter entschied[380]).

Die verneuerten Landesordnungen[381]) enthalten nur die Uebersetzung der Vladislavischen Landesordnung und der Landesordnung aus dem Jahre 1564.

---

[380]) Archiv Český XIX, 601; Vladislavische Landesordnung Art. 194; Landesordnung 1549, H. 15.

[381]) Böhmische V. Landesordnung Art. K. VII—XXVI; Mährische V. Landesordnung Art. 286—304.

II.

Der Wucher im Talmud, seine Theorie und ihre Entwicklung.

Ein Beitrag zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte des Talmud.

Von

Dr. phil. **Emil Cohn.**

Vorbemerkungen.

Vorliegende Studie setzt es sich zur Aufgabe, die theoretischen Grundlagen des Wuchers (ribbith) im talmudischen Recht aufzudecken und in ihrer Tendenz und historischen Entwicklung kritisch zu beleuchten. Damit sind ihre Grenzen festgelegt. Sie kann sich nicht auf eine Erörterung über die Kontrahenten und ihr Verhältnis zueinander einlassen, also auch nicht auf die wichtige Frage eingehen, inwiefern man einem Nichtjuden Wucherzins zahlen oder abnehmen darf. Ebensowenig ist es ihre Aufgabe, die verschiedenen Formen darzulegen, in denen der Wucherzins auftreten kann, noch wird schließlich der für die Praxis des jüdischen Rechtes wichtige Unterschied zwischen biblischem und rabbinischem Wucherbegriff hier seine Behandlung finden können. Nur eine Frage wird beantwortet: Was galt in talmudischer Zeit als Wucher, wann trat er ein, welches waren seine Vorbedingungen? — Diese Frage wird im ersten Kapitel behandelt, dem wir die Ueberschrift „Die Tendenz des Talmud“ geben, und auf dem das Schwergewicht unserer Arbeit liegt. Daß die in dem kürzeren zweiten Kapitel niedergelegte historische Behandlung des Themas hier scheinbar zu kurz kommt, liegt

daran, daß in dem Abschnitt über die Tendenz des Talmud ein großes Stück der Entwicklungsgeschichte schon vorweggenommen werden mußte und dadurch der letzte Abschnitt einen mehr oder weniger ergänzenden Anstrich erhielt. Der Arbeit voraus senden wir eine kurze literarhistorische Einleitung, die uns für den Laien auf unserem Gebiete zum Verständnis der Arbeit unumgänglich erschien. —

Das Material, dessen Bearbeitung uns obliegt, steht zum weitaus größten Teil im Traktat Baba Meçîʿa des babylonischen Talmud, welchen Traktat wir der häufigen Zitierung halber kurz mit B. M. bezeichnen werden. Denselben Traktat des jerusalemischen (palästinensischen) Talmud oder der Tosefta (Näheres siehe Einleitung) werden wir dementprechend unter Jeruschalmi B. M. oder Tosefta B. M. anführen, und zwar zitieren wir von diesen Werken den palästinensischen Talmud nach der Ausgabe Shitomir 1865, die Tosefta nach der Edition von Zuckermandel, Pasewalk 1881, den babylonischen Talmud in der üblichen Weise nach den in einheitlicher Blatt- und Seitenzahl gedruckten Ausgaben.

Einleitung[1]).

Die seit den Tagen der babylonischen Gefangenschaft (586—536 v. Chr.) unter den Juden gepflegte Erklärung und Auslegung der biblischen Lehre (Midrasch) begann in den letzten vorchristlichen Jahrhunderten infolge des immer größeren Anwachsens des Stoffes sich in zwei Studienzweige zu sondern, deren einer die Haggada, sich die freie exegetische Auslegung der heiligen Schriften zur Aufgabe machte, der andere, die Halacha[2]), zum eigentlichen begründenden und fortbildenden Studium des Gesetzes wurde, des religiösen ebenso wie des bürgerlichen. Seit den Tagen des Patriarchen Hillel (30 v. Chr.) gewann dazu das Studium der Halacha bei

---

[1]) Zunz, Gottesdienstliche Vorträge, Kapitel: Midrasch.

[2]) Auch die einzelne Gesetzesvorschrift wird Halacha genannt.

weitem das Uebergewicht und wurde außerdem seit jener Zeit in geordneterer und systematischerer Weise geführt als bisher. Die jüdischen Gesetzeslehrer seit Hillel (Tannaïten) dozierten und disputierten in den Lehrhäusern Palästinas und der umliegenden Länder, besondere Rechtsschulen bestanden aber nur insofern, als es dem einen oder anderen hervorragenden Gesetzeslehrer, z. B. Hillel, Rabbi Akiba (120 n. Chr.), gelang, seinen Schülern den Stempel seines Geistes aufzuprägen. Diese erste, tannaïtische, Epoche erhielt ihren Abschluß durch den Patriarchen Jehuda ha-Naßi (219 n. Chr.), schlechthin Rabbi genannt, welcher aufbauend auf den das traditionelle Gesetz ordnenden Arbeiten und Abfassungen Rabbi Akibas und seiner Schule (Rabbi Meïr u. s. w.) aus dem allmählich mächtig angewachsenen Material sondernd und ordnend die Mischna[3]) schuf, den ersten uns vorliegenden Kodex des überlieferten jüdischen Gesetzes. Das Werk Rabbis vollendeten seine Schüler, unter ihnen vor allem Rabbi Chija und dessen Schüler Rabbi Hoscha'ja, welche ihrerseits die Arbeit des Meisters schon dadurch weiterführten, daß sie noch zu dessen Lebzeiten große Sammlungen von Zusätzen und Begründungen der Mischna zusammenstellten. Diese im Anschluß an die Ordnungen und im großen und ganzen auch an die Disposition der Mischna veranstalteten Sammlungen heißen „Zusätze“, Toseftas, doch bringen sie auch vieles alt Ueberlieferte, was Rabbi bei der Kodifizierung der Mischna weggelassen hatte. Die in all diesen außerhalb der Mischna stehenden Werken niedergelegten Gesetzesnormen und Aussprüche heißen Baraithas, d. h. außerhalb Befindliches. Nach den abschließenden Redaktionen all der vorhergenannten Werke, die nach Zunz a. a. O. unbedenklich nach dem Ablauf des dritten Jahrhunderts angesetzt werden können, machte sich dann bald

---

[3]) Auch Mischna wird ebenso wie Halacha in einem totalen, den ganzen Kodex umfassenden, und einem partiellen, die einzelne Gesetzesvorschrift dieses Kodex bezeichnenden Sinne gebraucht.

wieder das Bedürfnis einer weiteren Motivierung und Auslegung der Mischnas und Halachas fühlbar und so entstand aus der in dieser Richtung sich bewegenden Arbeit der folgenden Generationen von Gesetzeslehrern (Amoräer) unser Talmud oder die schriftliche Gemara, und zwar eine palästinensische (Talmud Jeruschalmi), die in Tiberias (um 370 n. Chr.), und eine babylonische (Talmud Babli), die in Sura am Euphrat (um 500 n. Chr.) redigiert wurde.

Um dem Laien eine Vorstellung von dem speziell auf unserem Gebiete vorherrschenden Charakter der Mischna und Baraitha einerseits, wie des Talmud anderseits zu geben, sei hier noch kurz folgendes hervorgehoben: — Mischna und Baraitha enthalten hauptsächlich nebeneinandergereihte juristische Aussprüche, welche meistens darauf hinzielen, die Grenzen des Erlaubten (muttar) und Unerlaubten (ʾâsur) festzustellen. Diese Aussprüche treten zum geringsten Teile in Form von generellen Abstraktionen, zum größten Teile in Form von speziellen Rechtsfällen auf. Was wiederum diese Rechtsfälle betrifft, so sind sie wohl aus der Praxis hervorgegangen, aber anscheinend fast niemals in ihrem faktischen historischen Gehalt niedergelegt, sondern in Schulfälle umgewandelt worden. Eine Diskussion über das in ihnen enthaltene Material vermeiden Mischna und Baraitha, wiewohl sie nicht selten die abweichenden Ansichten älterer Autoritäten nebeneinanderstellen, ohne eine Entscheidung zu treffen. Ganz im Gegensatz zu ihnen steht der Talmud, dessen hauptsächlichen Inhalt die juristische Diskussion in Form von Frage und Antwort bildet. Da er äußerlich die Form eines Mischnakommentars hat, indem auf jede einzelne fortlaufende Mischna ihre erläuternde Gemara folgt, so beginnt diese Diskussion meist mit einer erklärenden Anknüpfung an die Mischna, und es werden dann Mischna gegen Mischna oder gegen Baraitha, ebenso einzelne Baraithas gegeneinander ausgespielt, auch praktisch vorgekommene Rechtsfälle (ʿuwda, maʿase) in den Kreis der Diskussion gezogen, welche schließlich nach allseitiger Erörte-

rung und möglichster Klärung aller Widersprüche mit einer endgültigen Entscheidung (Halacha) geschlossen wird.

Nach diesen Voraussetzungen wenden wir uns der Behandlung unseres eigentlichen Themas zu, welches sich zur Aufgabe gemacht hat, die Theorie des Wuchers im Talmud in ihrer Tendenz und historischen Entwicklung aufzudecken.

I.

Die Tendenz des Talmud.

Während die Bibel nur den Darlehenszins[4]) als Wucher verbietet und das Darlehen selbst als einen Akt höchster Gefälligkeit (Wohltätigkeit) betrachtet wissen will, erweiterte sich in einer Entwicklung, welche sicher nachweisbar zwar erst in der Schule Rabbi Akibas ist, die aber ohne Zweifel schon viel früher, vielleicht gar schon in vorchristlicher Zeit ihren Anfang nahm, der Begriff des Wuchers im jüdischen Recht zum Kreditwucher. Nicht im modernen Sinne des Wortes. Heute versteht man unter Kreditwucher diejenige Form des Wuchers, welche durch übermäßig hohe Verzinsung eines Darlehens entsteht. Verzinsung an und für sich ist heute gestattet, und nicht das allein: In der Erkenntnis der hohen Bedeutung des Kredits für den Verkehr rechnet man die Entgeltlichkeit heute zum Wesen des Kredites. Der talmudische Kreditwucher hingegen, entsprossen aus dem biblischen Darlehenswucher, setzt dementsprechend die Auffassung allen Kredites als eines Aktes der Gefälligkeit und Unentgeltlichkeit voraus. Wollen wir also eine den modernen Begriffen entsprechende Definition des talmudischen Wuchers geben, so können wir nur so sagen: W u c h e r e n t s t e h t n a c h d e m T a l m u d d a d u r c h, d a ß e i n w i r t s c h a f t l i c h S t ä r k e r e r v o n

[4]) Exodus 22, 24: „Wenn du Geld ausleihst, sollst du nicht dem Wucherer (nôscheh) gleichen!“ Leviticus 25, 35 ff., Deuteronomium 23, 20 f., Ezechiel 18, 8, 13; 22, 12; Nehemia 5, 1–12; Psalm 15, 15; 109, 11; Proverbia 28, 8.

einem wirtschaftlich Schwächeren[5]) in irgend einer Form[6]), mit oder ohne eigenes Zutun[7]) die Gefälligkeit bezahlt nimmt, die er ihm dadurch erweist, daß er ihm in irgend einer Geschäftsform Kredit gewährt, mag der Kredit zum Wesen der betreffenden Geschäftsform gehören, wie beim Darlehen, oder nicht, wie beim Kauf und Verkauf.

Gehen wir auf Grund dieser Definition die einzelnen Formen der Kreditgeschäfte durch, so ergibt sich folgendes: Den eigentlichen Darlehenskredit (Leihe einer res consumtibilis et fungibilis: Geld, Getreide, Früchte) faßt, wie gesagt, die Bibel und ihr folgend das jüdische Recht überhaupt als einen Akt der Gefälligkeit (Wohltätigkeit) auf. Niemand kann zur Wohltätigkeit dem wirtschaftlich Schwächeren gegenüber ge-

---

[5]) Die folgenden Ausführungen werden die Benutzung dieser durchaus modernen Ausdrücke in der Definition eines talmudischen Begriffes rechtfertigen.

[6]) Wuchergeld kann bestehen in vertretbaren (Geld, Früchte) wie nicht vertretbaren Dingen (Waren, Kleidungsstücke), aber auch in Dienstleistungen (ṭorach, ṭarcha). Der Gläubiger darf nicht im Hause des Schuldners unentgeltlich oder zu herabgesetztem Mietspreise wohnen, auch darf er sich von dessen Sklaven nicht arbeiten lassen (B. M. 64[b] 65[a]). Ja, der Talmud verbietet einem Schuldner sogar, auf der Straße seinen Gläubiger zu grüßen, weil es wie Wucher aussieht (B. M. 75[b]). Erst eine spätere Zeit setzte fest, daß Wucherzins unter einer Pruta (die niedrigste Münze) nicht mehr Wucher sei (Tosafot B. M. 61[a] s. v. 'im . . .).

[7]) B. M. 60[b] Mischna. Wucher kann entstehen durch deutliche Abmachung (man leiht 4 Denare unter der Bedingung, 5 zurückzuerhalten, 2 Maß Weizen gegen 3 Maß u. s. w.), aber auch durch die Unvorhergesehenheiten des Handels: Wenn ich heut ein Maß Weizen nach dem gegenwärtigen Marktpreis verleihe, um mir wieder ein Maß zurückgeben zu lassen, wenn der Marktpreis gestiegen ist, so mache ich mich des Wuchers schuldig (s'âh bi-s'âh B. M. 75[a]). Dasselbe kann bei Gelddarlehen durch die Schwankungen des Kurses geschehen (B. M. 60[b]). Das eventuelle Spekulieren auf das Steigen respektiv Sinkens des Marktpreises spielt im Talmud eine der wichtigsten Rollen.

zwungen werden; übt er sie aber, so ist er gesetzlich verpflichtet, den Charakter der Wohltätigkeit zu wahren. Tut er das nicht, sondern läßt sie sich mit Zinsen bezahlen, so wuchert er. Dieser Darlehenswucher ist nicht nur historisch, sondern auch rein logisch betrachtet die eigentliche Form des Wuchers im jüdischen Gesetz. Einerseits gehört der Kredit, das zeitliche Auseinanderliegen der Leistungen, zum Wesen dieses Geschäftes, andererseits tritt hier am schärfsten das Moment der Gefälligkeit hervor.

In gewissem Sinne den Gegensatz zum Darlehen bildet der Kauf. Wie der Kredit zum Wesen des Darlehens gehört, so der Austausch der Aequivalente Zug um Zug zum eigentlichen Wesen des Kaufes. Beim Kauf gibt es ursprünglich keinen wirtschaftlich Stärkeren oder Schwächeren wie beim Darlehen. Jeder Kontrahent steht dem anderen mit gleichen Rechten und gleichen Pflichten gegenüber. Jeder Kontrahent kann sofortige Lieferung des Gegenäquivalentes (Preis resp. Ware) verlangen. Erst wenn der eine Kontrahent kaufen will, ohne in der Lage zu sein, sofort das Gegenäquivalent zu liefern, also in diesem Augenblick der wirtschaftlich Schwächere ist und infolgedessen den anderen um Stundung bittet, erst dann tritt von Seiten des anderen die Gefälligkeitsleistung ein und, wenn er sich das Vorausliefern der Ware oder im umgekehrten Falle die Vorausbezahlung des Preises in irgend einer Form vergüten läßt, so wuchert er.

Diese beiden Kreditgeschäfte, die auch noch nach modernen Nationalökonomen die eigentlichen, ja sogar einzigen Formen des Kredites vorstellen, stehen im Talmud im Mittelpunkte des Interesses, und weitaus der größte Teil aller wucherischen Geschäfte, die uns die Schulfälle, die Kasuistik, des Talmud bieten, fallen unter diese beiden Formen [8]). — So konsequent in ihnen nun aber auch der Talmud den Wucher durchführt, so merkwürdig ist die Tatsache, daß er ursprünglich kein

---

[8]) Ueber die Nutzleihe siehe weiter S. 53 ff.

Wort und keinen Begriff hat, der unserem Kredit entspräche [9]), und erst ganz spät (um 300 n. Chr.) ein derartiger Begriff sich Bahn zu brechen versucht [10]). Während wir also sehen, daß schon in den Anfängen der talmudischen Zeit das Wucherverbot, das sich ursprünglich nur auf das Darlehen bezog, über das Stundungskreditgeschäft und, wie wir weiterhin sehen werden, unter Umständen auch über die anderen Kreditgeschäfte ausgedehnt wird, fehlt doch die bewußte, ausgesprochene Erkenntnis, daß die erste und allein wesentliche Vorbedingung für das Eintreten des Wuchers in dem Vorhandensein eines Kreditgeschäftes liegt, d. h. „einer Güterübertragung, wobei die Leistung des einen (des Kreditors) in die Gegenwart, die Gegenleistung des anderen (des Debitors) in die Zukunft fällt." —

Mit der Konstatierung dieser Tatsache haben wir die Lösung aller der Schwierigkeiten und Umständlichkeiten, die uns der Talmud auf diesem Felde bietet: Die Richtung, die das jüdische Recht bei dem Fehlen des Begriffes Kredit einschlug, war ihm von vornherein gegeben. Die biblische Tradition mit ihrem Darlehenszinsverbot wies ihr den Pfad. Als sich demgemäß allmählich die juristische Erkenntnis, oder richtiger der juristische Instinkt Bahn brach, daß das Wesen des Wuchers mit dem Darlehenszins, mit welchem er bis dahin identisch war, nicht erschöpft sein könne, und man also begann, seine Grenzen in der oben angegebenen Weise weiter zu stecken, man aber andererseits das, was man instinktiv fühlte, noch nicht zum juristischen Bewußtsein zu erheben vermochte, da hatte man nur einen Maßstab, den traditionellen: Wo man fühlte, daß Wucher vorlag, suchte man fast überall ein Darlehensgeschäft oder eine Art Darlehensgeschäft nach-

---

[9]) Der Ausdruck hakâfah, welcher in Mischna Schebi'ith X, 1 und Aboth III, 16 mit „Kredit" übersetzt werden kann, kann in Wirklichkeit kaum als solcher gelten, auf keinen Fall, um den hier in Frage kommenden generellen Sinn des Wortes „Kredit" wiederzugeben.

[10]) Ueber den Begriff 'agar neṭar siehe S. 69 ff.

zuweisen; überall hingegen, wo man erleichtern und erlauben zu müssen meinte, gab man sich möglichste Mühe, ein Kaufgeschäft aufzudecken. Dieses hätte sicherlich zu den seltsamsten juristischen Verirrungen geführt, wenn nicht bei der Anwendung der Begriffe Kauf und Darlehen bedeutende Abstraktionen stattgefunden hätten, und zwar in der Weise, daß schließlich der Begriff Darlehen mit dem Begriff Kredit identisch war, während auf der anderen Seite die Wesenheit des Begriffes Kauf darin gefunden wurde, daß Leistung und Gegenleistung zusammenfallen, indem die sofortige Besitzergreifung der verkauften Ware und die sofortige Zahlung des Preises unmittelbar auf den Vertragsabschluß folgte, oder vielmehr den Abschluß des Vertrages erst recht eigentlich bildete. Infolgedessen kam praktisch die Sache ziemlich auf dasselbe hinaus, als wenn ein Wort und Begriff für Kredit von Anfang an vorhanden gewesen und mit Bewußtsein angewandt worden wäre. Was aber nicht zu vermeiden war, das waren die Umständlichkeiten und Gezwungenheiten, die dadurch in die Beweisführung des Talmud hineinkamen und sie so vielfach als spitzfindig und sophistisch erscheinen lassen, was sie unter den genannten Voraussetzungen durchaus nicht ist. Im Gegenteil, wie bewunderungswürdig geradezu der Scharfsinn der Talmudgelehrten bei der Erörterung dieser Frage ist, mag einer der prägnantesten Fälle lehren:

Der Talmud sagt[11]): Sobald der Marktpreis heraus ist, darf man mit einem anderen auf den Kauf von Früchten abschließen (d. h. man darf ihm Geld geben unter der Bedingung, ihm das ganze Jahr hindurch, sobald er es verlangen würde, Früchte zu liefern, das Maß und den Preis nach dem augenblicklichen Markttarif berechnet), auch wenn die Früchte momentan nicht im Besitze des Lieferanten sind. Dieser Entscheidung hält der Talmud folgende Baraitha des R. Hoschaʿja[12])

---

[11]) B. M. 63ᵇ.

[12]) Palästinensischer Amoräer der ersten Hälfte des 3. Jahrhunderts. Siehe Einleitung S. 39.

entgegen, die scheinbar das Gegenteil lehrt: Jemand leiht dem anderen eine Mine. Da die Ernte eingebracht ist, geht er auf die Tenne seines Schuldners und sagt: „Gib mir mein Geld, ich will mir Weizen kaufen.“ Darauf jener: „Ich habe Weizen, den ich dir für das mir geliehene Geld liefern will. Geh' und berechne, wieviel Maß ich dir nach dem jetzigen Marktpreis zu leisten habe. Ich will ihn dir dann liefern, wann du willst (auch, wenn er im Laufe der Zeit teurer wird).“ — Inzwischen kam die Zeit, da die Getreidehändler den Weizen, der jetzt hoch im Preise stand, zu verkaufen pflegten. Da ging wieder der Gläubiger zu seinem Schuldner und sagte: „Liefere mir jetzt den Weizen; ich will ihn verkaufen und dafür Wein einkaufen.“ Darauf wiederum jener: „Ich habe Wein, den ich dir liefern kann. Geh' und berechne das Maß nach dem jetzigen Marktpreis!“ . . . Sobald der Schuldner jedesmal, wenn er so spricht, die betreffende Fruchtart (also das erste Mal Weizen, das zweite Mal Wein) in seinem Besitze hat, so ist das Geschäft erlaubt, wenn nicht, so ist es verboten. — Den Widerspruch, der dadurch entsteht, daß es in der ersten Entscheidung heißt, der Lieferant brauche den Weizen nicht zu besitzen, während er ihn hier besitzen muß, löst der Talmud dann dadurch, daß er sagt: In dem ersten Falle handelt es sich um ein Kaufgeschäft (daher erlaubt), im zweiten um ein Darlehen (daher als Wucher verboten)[13].

Dieses Beispiel zeigt mit außerordentlicher Schärfe die Tendenz, die der Talmud verfolgt, und die einseitige, aber konsequente Art, mit der er die Begriffe Kauf und Darlehen handhabt. Die gegenübergestellten Fälle sprechen beide davon, daß der Marktpreis bereits heraus ist. Daß aber in dem einen Falle erlaubt wird, nach dem Marktpreis abzuschließen, auch wenn die Früchte noch nicht im Besitze des

---

[13]) hatham halwâah, hacha zebinê: Diese Formel kommt mehrmals vor und zwar B. M. 63[b] zweimal, 66[b] unten, 67[a] Mitte, 68[a] oben eine ähnliche Gegenüberstellung: hatham heqdêsch, hacha halwâah u-mechzê ke-ribbith.

Lieferanten sind, liegt nicht eigentlich daran, wie der Talmud sich ausdrückt, weil es sich hierbei um ein Kaufgeschäft handelt, sondern weil der Lieferant jetzt Geld in die Hand bekommt. Würde es sich um ein ebensolches Kaufgeschäft handeln, nur mit dem Unterschiede, daß der Käufer sagt: „Ich habe augenblicklich kein Geld, aber ich habe dir vor zwei Monaten Geld geliehen. Dieses Darlehen ist jetzt fällig und soll als Kaufsumme gelten, für die ich nunmehr mit dir auf eine spätere Lieferung von Früchten nach dem jetzigen Marktpreis abschließe," — so wäre es verboten, da der Lieferant augenblicklich keine Früchte besitzt [14]). Die Erlaubnis gründet sich eben auf die Erwägung, daß der Lieferant, da der Marktpreis heraus ist, und er jetzt Geld bekommt, sofort die von ihm zu liefernden Früchte anderwärts kaufen könnte, welche Virtualität des Besitzes von Früchten gleichbedeutend ist mit dem faktischen Besitze. Daß aber der faktische Besitz das Abschlußgeschäft erlaubt macht, liegt daran, daß in dem Augenblicke, da der Käufer das Geld gibt, die im Besitze des Lieferanten befindlichen Früchte als in den Besitz des Käufers übergegangen betrachtet werden. Steigt also der Marktpreis der Früchte, so sagen wir, sie sind im Besitze des Käufers teurer geworden, also ist nichts Schlimmes dabei, selbst wenn tatsächlich die Lieferung erst später zu einer Zeit erfolgt, da der Preis der Früchte gestiegen ist.

Daß wir anderseits im zweiten Falle (des R. Hoscha'ja) das Geschäft verbieten, wenn die Früchte nicht im Besitze des Schuldners sind, liegt wiederum nicht eigentlich daran, daß es sich hier um ein Darlehen handelt, wie der Talmud sich ausdrückt. Er kommt ja sogar an einer anderen Stelle [15]) ausdrücklich zu dem Schluß, daß man Geld verleihen darf

[14]) Vergl. die zweite Hälfte der Mischna B. M. 60^{b} verbunden mit der Beleuchtung, die sie 62^{b} durch Rabba erfährt: mathnîthin bebâ la-chôb bi-dĕmêhen.

[15]) B. M. 72^{b} unten: ên lôwîn 'al scha'ar schebeschuq ... âmar îhu namê lôwîn.

unter der Bedingung, daß der Schuldner, wenn er es nicht bis zu einem bestimmten Termin zurückzahlt, ihm dafür nach dem jetzigen Marktpreis Früchte zu liefern habe. Daß hier verboten wird, liegt vielmehr daran, daß wir uns hier nicht am Eingang eines Geschäftes befinden, sondern am Ende, daß also hier das eine Aequivalent schon lange gegeben ist, während das im anderen Falle jetzt erst eintritt. Der Kontrahent erklärt hier gegen die Wahrheit, daß sich Weizen (Wein) in seinem Besitze befindet. Er lügt, weil er damit auf Aufschub für die Rückzahlung des Darlehens hofft bis zu einer Zeit, da er Geld haben wird. Jetzt erhält er, wie gesagt, kein Geld, für das er sofort und überall nach dem Marktpreise Früchte kaufen konnte, so daß wie in dem anderen Falle zu sagen wäre, die Früchte gingen sofort in den Besitz des Gläubigers über, und jede eventuelle Steigerung des Preises erfolge in seinem Besitze. — —

Die Auseinandersetzung, welche wir hier schließen, mag auf den ersten Blick als eine rektifizierende Kritik des Talmud erscheinen. In Wirklichkeit ist sie nur eine erklärende Kritik. Denn wenn wir auch sagten, daß die Begründung der beiden im Talmud gegebenen Entscheidungen durch Kauf einerseits und Darlehen anderseits unzutreffend sei, so geschah das nur und konnte nur geschehen, indem wir die beiden Worte in ihrem vollständigen begrifflichen Gehalt ohne irgend eine Abstraktion faßten. Der Talmud hingegen gebrauchte sie nur in der Betonung einer Seite ihres Wesens, gewissermaßen totum pro parte, von den anderen abstrahierte er. Diese eine Seite bestand in dem Falle vom Kauf eben darin, daß im Augenblick der Uebergabe des einen Aequivalentes (Geld) auch das andere (Früchte), sofern der Gegenkontrahent es faktisch oder virtuell zu eigen hat, als in den Besitz des anderen Kontrahenten übergegangen betrachtet wird, mithin, da das Geschäft Zug um Zug geht, kein Kredit vorhanden ist. In dem Falle vom Darlehen hingegen bestand die eine vom Talmud allein in Betracht gezogene Seite des Geschäftes einfach in der Tat-

sache, daß Kredit vorliegt, da der eine Kontrahent gegen den anderen eine Forderung hat, die dieser momentan nicht erfüllen kann.

Nachdem nunmehr klar ist, daß der Talmud Kredit mit Darlehen und Geschäft Zug um Zug mit Kauf und Verkauf identifizierte, und daß eine derartige Identifikation nur mit Abstraktionen möglich war, werfen wir die Frage auf: Was wurde abstrahiert? Mit dieser Frage treffen wir zugleich den wunden Punkt in den Beweisführungen des Talmud. Der Talmud hat nämlich trotz aller Abstraktionen durchaus nicht verkannt, daß das Darlehen (halwâah) nicht allein im Auseinanderliegen der Leistungen sein Wesen hat, sondern auch darin, daß die Gegenleistung als eine Rückgabe in gleicher Art (Geld gegen Geld, Früchte gegen Früchte) Quantität und Qualität erscheint und sich eben dadurch von anderen Kreditgeschäften unterscheidet und im Gegensatz zum Kauf steht, bei dem Leistung und Gegenleistung sich als Preis und Ware darstellen.

Wie gesagt: es wurde dies durchaus nicht verkannt, wenn auch meist vernachlässigt. An den Stellen aber, wo dieser Unterschied zwischen Kauf und Darlehen den Talmudgelehrten zum Bewußtsein kommt, ist die Verlegenheit groß und Erklärung und Deutung werden gezwungen. Es ist ja auch wahr: Wenn auf der einen Seite bei Kaufkreditgeschäften, bei denen doch die Leistungen durchaus nicht in der Form von Erstattung und Zurückerstattung erfolgen, sondern sich als Austausch ungleichartiger Objekte darstellen, der Talmud ohne Rücksicht hierauf eine jede Erhöhung des Kaufpreises als Kreditbezahlung verbietet [16]), oder es sich gar angelegen sein läßt, ein verstecktes Darlehen zu konstatieren [17]), auf der anderen Seite hingegen man bei Gegenüberstellung zweier Entscheidungen Aussprüchen begegnet wie diesen [18]): „In dem

---

[16]) B. M. 65ª ên marbîn ʿal ha-mekher.

[17]) B. M. 63ª u-maj laqach? laqach be-halwâatho.

[18]) B. M. 62ᵇ.

einen Falle gab er Geld und nimmt nun Früchte, deshalb ist nichts Schlimmes dabei; in dem anderen Falle gab er Geld und nimmt jetzt auch Geld, deshalb sieht es wie Wucher aus und ist verboten", — — so ist das eine Kluft, die der Talmud nur mit den geschraubtesten Erklärungen zu überbrücken vermag.

Wohin dies unter Umständen führen konnte, mag folgendes Beispiel lehren: Bei Erörterung der oben bereits angeführten Baraitha des R. Hoscha'ja führt der Talmud folgende Entscheidung des Amoräers Rab[19]) an: Man darf Geld auf Früchte, das Maß nach dem gegenwärtigen Marktpreis berechnet, einzahlen, um sie sich später liefern zu lassen, auch wenn die Früchte inzwischen teurer geworden sind. Man darf es aber nicht tun, um später sich statt ihrer entsprechend ihrer Preissteigerung mehr Geld zurückzahlen zu lassen, als man früher gab. Dies ist Wucher, weil er Geld gab und Geld empfängt, setzt Raschi, der Kommentator des Talmud, hinzu. — Auf diese Entscheidung von Rab wird nun in der Gemara folgende Frage aufgeworfen: In der Baraitha des Rabbi Hoscha'ja[20]) ist das in Frage kommende Geschäft erlaubt, sobald die betreffende Fruchtart sich im Besitze des Lieferanten befindet. Mithin sollte doch auch das Geschäft, von welchem Rab spricht, erlaubt sein, da doch die Früchte auch hier im Besitze des Lieferanten sind!? Und das umsomehr, als doch auch beide Fälle sich darin noch ähnlich sind, daß bei beiden eine Umrechnung der zu liefernden Früchte

---

[19]) Einer der ersten und hervorragendsten babylonischen Amoräer. Gründer der Hochschule zu Sura am Euphrat, starb 247 n. Chr. Besagte Entscheidung lautet: 'ôsin amâna be pêroth we-ên 'ôsin amâna be-dâmim. Die Erklärung von Levy im Wörterbuch ist falsch. Er sagt: „Der Verkäufer darf die Ware nach dem laufenden Preise auf Kredit geben; der Käufer hingegen darf nicht das Geld im voraus geben; denn, wenn die Ware später im Preise steigt, so hat es den Anschein, als ob er für das vorausgegebene Geld Zinsen nähme." Nach dieser Erklärung ist die Gemara 63[b] oben nicht zu verstehen.

[20]) Oben S. 45f.

stattfindet, das eine Mal (in der Baraitha) in Wein, das andere Mal (bei Rab) in Geld!? —

Fassen wir diese Gegenüberstellung ins Auge, so erkennen wir bald, worin der Widerspruch besteht und aus welchen Vergleichungspunkten er erwächst. Bei beiden Fällen handelt es sich um Kreditgeschäfte. Während aber in dem einen (in der Baraitha) die Kreditierung schlechthin als das für die Entscheidung wesentliche Moment hingestellt wird, ist es in dem anderen die Gattungsgleichheit der Aequivalente (Geld gegen Geld), also das unterscheidende Spezifikum des Darlehens, welches den Ausschlag gibt. Es ist also einfach die vom Talmud verkannte Ungleichheit der Maßstäbe, die hier den Widerspruch hervorruft. In dem Falle der Baraitha handelt es sich um ein Darlehen, niemand aber fragte danach, daß dabei Leistung und Gegenleistung durchaus nicht in gleicher Gattung erfolgen, sondern das Darlehen durch einen späteren Akt aufgehoben wird, indem die Gegenleistung, die eigentlich Zurückerstattung der geliehenen Summe sein sollte, in eine entsprechende Lieferung von Früchten umgewandelt wird. Wie gesagt, niemand fragte danach und aus dem einfachen Grunde, weil derjenige, der die Entscheidung so traf (R. Hoschaʿja), mit Recht als das für seine Entscheidung wesentliche Moment das Vorhandensein der Kreditgewährung empfand und ebenso mit Recht von allem anderen abstrahierte. Rab hingegen hatte bei seiner Entscheidung nur das traditionelle „Darlehen“ vor Augen, ihm fehlte der richtige juristische Instinkt für das Wesen der Sache, als er das, was in der Baraitha abstrahiert war, in den Vordergrund rückte, das Wesentliche, den Kredit hingegen, außer acht ließ. Von einem richtigen Gefühl geleitet, bekämpft ihn daher auch R. Janaj, indem er kurzweg sagt: „Was liegt daran, ob die Früchte selbst, oder ob ihr Wert in Geld zurückgeliefert wird[21])?“ —

Wie aber löst die Gemara den von uns nunmehr klar-

---

[21]) Ibid. mâ lî hên mâ lî demêhen? Siehe weiter S. 69.

gelegten und theoretisch aufgehobenen Widerspruch zwischen Rab und der Baraitha des R. Hoscha'ja? — Recht armselig, wie es ja auch nicht anders zu erwarten ist, da die allein klärende Erkenntnis des wahren Sachverhaltes ihr verborgen war. Zunächst antwortet der Talmud, die Baraitha rede davon, daß der Gläubiger auf der Tenne seines Schuldners sofort an den vorhandenen Weizen den Akt der Besitzergreifung (meschîkha) vollzogen habe. Dadurch sei mit diesem Augenblick das Darlehen aufgehoben, und alles, was jetzt mit dem Weizen geschehe, seine Umrechnung in Wein u. s. f., vollziehe sich im Besitze des Gläubigers. Daher sei hier alles erlaubt im Gegensatz zu dem von Rab angeführten Geschäft, bei dem keine Besitzergreifung stattgefunden habe, und das deshalb in erschwerendem Sinne entschieden wird. — Abgesehen davon nun, daß eine derartige Erklärung durchaus nicht im Wortlaut der Baraitha liegt, fühlt die talmudische Kontroverse selbst auch sofort ihre Schwäche, indem sie fragt: Wenn die Baraitha davon spräche, brauchte denn das erst gesagt werden? Es wäre doch selbstverständlich, daß das Geschäft dann gestattet wäre!? — Auf diesen Einwurf folgt dann wiederum eine Erklärung, mit welcher der Talmud sich zufrieden gibt, die aber ebensowenig dem Wortlaute und Sinne der Baraitha entspricht; kurzum, wenn wir am Eingang der letzten Ausführungen von einer aus der fälschlichen Identifizierung von Darlehen und Kredit, und mehr noch aus der Inkonsequenz bei dieser Identifizierung folgenden Geschraubtheit der talmudischen Erklärung und Beweisführung sprachen, so glauben wir nunmehr den Beweis erbracht zu haben.

Nachdem wir bisher nur die zwei Hauptformen der Kreditgeschäfte betrachtet und die Bedingungen erörtert haben, unter denen im Sinne des Talmud Wucher bei ihnen eintreten kann, erübrigt es sich noch, das letzte Kreditgeschäft ins Auge zu fassen, welches zwar nach manchen modernen Nationalökonomen, wie Lexis, nicht mehr zu den Kreditgeschäften gezählt wird, aber dennoch den Namen mit Recht verdient.

Dieses Geschäft ist die sogenannte Nutzleihe, welche bei Mobilien Sach- oder Gebrauchsleihe, bei Immobilien Pacht oder Miete genannt wird. Daß manche Nationalökonomen, wie gesagt, die Nutzleihe aus der Zahl der Kreditgeschäfte ausschließen, begründet sich wohl damit, daß bei der Nutzleihe ein den anderen Kreditgeschäften wesentliches Moment nicht eintritt: die Eigentumsentäußerung. Während beim eigentlichen Darlehens- wie beim Stundungskredit das dem Kontrahenten hingegebene Objekt zur völligen Verfügung eventuell Verbrauch hingegeben wird und so ganz in den Besitz des Gegenkontrahenten übergeht, der als Eigentümer sodann auch die Gefahr trägt, findet bei der Nutzleihe nur eine Güterübertragung zum Gebrauch statt. Am Ende des Leihvertrages geht der geliehene Gegenstand in substantia wieder in die Hände des Eigentümers zurück, welcher die ganze Zeit der Leihe über Eigentümer blieb und als solcher meist eine Entschädigung in Form des Leihgeldes beansprucht.

Auch der Talmud zieht die Nutzleihe in den Kreis der eventuellen Wuchergeschäfte hinein, und diese Tatsache ist wieder ein schöner Beweis dafür, daß ihm wirklich, wenn auch nur undeutlich bewußt, das Moment des Kreditierens das Wesentliche bei den Vorbedingungen allen Wuchers war. Daß allerdings letzterhand die Sache darauf hinauskam, daß nur dann Wucher bei Nutzleihgeschäften eintreten könne, wenn sich an diesen Geschäften gewisse Bedingungen erfüllten, die sie als Darlehen erscheinen ließen, tut nichts dazu und beeinträchtigt das Argument in keiner Weise. Denn ehe man die Bedingungen feststellte, unter denen das Nutzleihgeschäft zum Darlehen wurde, mußte man den gemeinsamen Nenner, das tertium comparationis, gefunden oder mindestens empfunden haben, und dieses bestand eben darin, daß beide Geschäfte Kreditgeschäfte waren, und zwar wieder nicht zu vergessen, im talmudischen Sinne des Wortes, welcher das Moment der unentgeltlichen Gefälligkeitsleistung in sich faßte. Das war aber nicht so einfach, und die Schwierigkeit lag

gerade darin, daß hier beim Nutzleihgeschäft die Entgeltlichkeit seit jeher üblich, jedenfalls aber erlaubt war, und niemand daran zweifelte, daß man Leihgeld respektiv Mietzins erheben durfte. Es lag also die offenkundige Entgeltlichkeit eines Kredites vor, der noch dadurch dem Darlehenskredit näher stand als der Kaufkredit, daß bei ihm ebenso wie beim Darlehen Gegenleistung mit Zurückerstattung identisch war, wenn dabei auch die Zurückerstattung in substantia, beim Darlehen nur in gleicher Art, Quantität und Qualität erfolgte. Wie überwand der Talmud diese Schwierigkeit? Wie aus dem interessanten Fall vom Kessel im Hause des Mar Samuel[22]) klar hervorgeht, geschah es dadurch, daß der Talmud das Leihgeld nicht als eine Bezahlung des Kredites auffaßte, sondern einfach als Ersatz für die Abnutzung im Gebrauche des Entleihers (agra = pachtha). Wenn ich meinen Kessel verleihe und ihn mir später mit einem Leihzins zurückgeben lasse, so stelle ich durch eben diesen Leihzins die durch Abnutzung und Metallverlust über dem Herd des Entleihers gestörte Gleichheit der „Aequivalente" wieder her, so daß von Wucher gar keine Rede sein kann. Diese Auffassung des Leihzinses verwechsle man nicht mit der modernen, welche zwar auch eine Entschädigung in ihm sieht, aber nicht wie der Talmud in dem buchstäblichen Sinne von Schadenersatz und Vergütung der Abnutzung, sondern nur im Sinne von Entschädigung für Ueberlassung des Eigentums. Die talmudische Auffassung als Schadenersatz aber bewirkt, daß das Leihgeschäft wieder das Gesicht der Unentgeltlichkeit erhält, indem die Gleichung besteht, daß der Wert des Gegenstandes bei seiner Entleihung gleich seinem Werte bei der Rückgabe plus dem Leihgelde ist. Mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit tritt aber auch wieder das Prinzip der Gefälligkeit hervor, denn der Eigen-

---

[22]) hahu dûda di-bnê mar ʿuqba di-hewâ bê mar schmuêl B. M. 70ᵃ. Mar Samuel war einer der ersten babylonischen Amoräer wie Rab, dessen Zeitgenosse er war. Er war Rektor der Hochschule von Nehardea und starb 254.

tümer hat keinen Nutzen von der Leihe. Läßt er sich daher, wie Mar Samuel tat, außer dem Leihgeld noch den Metallverlust bezahlen, den sein Kessel über dem Feuer des Entleihers erlitten hat, so setzt er sich dem Vorwurfe des Wuchers aus [23]).

Mar Samuel, wie gesagt, handelte so, allerdings nicht mit seinem Eigentum, sondern als Vormund der Waisen des Mar ʿUqba, deren Kessel er unter diesen Bedingungen verlieh. Dies veranlaßte einen seiner Schüler, R. ʿAnan, zu dem schlechthin erlaubenden Ausspruch [24]): „Man darf das Geld von Waisen auf Wucher verleihen.“ Aus diesem Satze folgt, daß R. ʿAnan, der Tradent, in dem, was Mar Samuel tat, einen Akt des Darlehens erblickte, daß also Sachleihe und Darlehen ihm identisch waren, was nur dadurch möglich werden konnte, daß auch er das Wesen des Darlehens im Auseinanderliegen der Leistungen gesehen haben muß, mithin ihm Darlehen und Kredit identisch waren. Wir sehen also, daß die Tendenz des Talmud in Bezug auf die Sachleihe ganz parallel geht seiner Tendenz beim Stundungskredit (Kaufkredit). Und ebenso wie dort sehen wir auch hier, daß trotz aller Abstraktionen, die auch hier natürlich notwendig waren, um in der Sachleihe ein Darlehen erblicken zu können, dennoch der Talmud sich vollständig über die Grenzen dieses Kreditgeschäftes klar war. Der Talmud erkannte ganz genau den Unterschied zwischen Nutzleihe und Darlehen, welcher darin besteht, daß die Nutzleihe im Gegensatz zu Darlehen und Kauf ein Geschäft ist, bei dem eine Eigentumsentäußerung n i c h t stattfindet. Beim Darlehen entäußert sich der Eigentümer seiner Sache, er behält bloß eine F o r d e r u n g für sich, einen Anspruch auf eine Summe Geldes, oder ein gewisses Maß von Früchten in gleicher

---

[23]) Daß im Talmud selbst a. a. O. dieser Vorwurf aus einem anderen speziellen Grunde zurückgewiesen wird, tut nichts zur Sache.

[24]) Maʿoth schel jethômim muttar le-halwôthan be-ribbith, als Ausnahme, weil Waisen als wirtschaftlich Schwache gelten, die des gesetzlichen Schutzes und der Bevorrechtung ganz besonders bedürfen.

Art, Quantität und Qualität, wie das hingegebene Aequivalent besaß. Bei der Nutzleihe hingegen bleibt der Verleiher Besitzer des Gegenstandes, er beansprucht am Ende des Vertrages nicht seinen Wert, sondern ihn selbst in ipsa substantia. Dieser Gegensatz war schon in tannaïtischer Zeit erkannt[25]), und in der tannaïtisch-amoräischen Uebergangsepoche (Schule Rabbis) in folgendem Ausspruch der Tosefta[26]) festgelegt: Beim Darlehen erhältst du das, was du gibst, von deinem Kontrahenten nicht zurück, bei der Nutzleihe erhältst du das, was du gibst, zurück. In der ersten Amoräerzeit schließlich präzisierte ihn Rab vom Standpunkte des Darlehens aus in dem Satze: Darlehen wird zum Ausgeben (Verbrauch) gegeben[27]). Wie der Talmud diese Erkenntnis im besonderen für die Erklärung des Nutzleihzinses verwertete, lehrt der Fall des R. Chama[28]), welcher das Wucherverbot in recht plumper

---

[25]) Es ist der Gegensatz, der sich später in der Gegenüberstellung von milwa (Darlehen) und piqâdon (Pfand), oder vom Standpunkte der Verträge aus in der Vergleichung von halwâa (Darlehensvertrag) und schâala (Leihvertrag) äußerte. Folgende Baraitha, welche die Tosefta in dem Abschnitt über die käufliche Erwerbung der Frau bringt (Kiddûschin III, 1) setzt offenbar die Erkenntnis dieses Gegensatzes schon voraus: Wenn jemand zu einer Frau sagt: „Du sollst mir geheiligt (angetraut) sein durch das Pfand, welches du von mir besitzest!“ und diese Frau geht nun hin und findet, daß das Pfand gestohlen oder verloren gegangen ist, so gilt folgende Entscheidung: Ist in ihrem Besitze von dem Pfand noch ein Teil im Mindestwerte einer Pruta (kl. Münze) vorhanden, so ist die Erwerbung rechtskräftig, im anderen Falle nicht. Handelt es sich nicht um ein Pfand, sondern um ein Darlehen, so ist die Erwerbung der Frau durch die Schenkung dieses Darlehens rechtskräftig, auch wenn von dem Darlehen nichts mehr übrig (sondern alles ausgegeben) ist. R. Schim'on b. El'asar sagt dagegen im Namen R. Meïrs: Wie beim Pfand, so beim Darlehen. Ist noch im Mindestwerte einer Pruta in ihrem Besitze, so ist die Erwerbung rechtskräftig, wenn nicht, — nicht.

[26]) Tosefta B. M. IV, 2.

[27]) Babli Kidduschin 47[a b], wo die ganze Frage ausführlich erörtert wird.

[28]) B. M. 69[b].

Weise dadurch zu umgehen suchte, daß er sein Geld, anstatt es als Darlehen zu geben, in Form der Sachleihe vermietete. Als man ihm dies vorhielt, sagte er: „Was ist das anderes, als wenn ich meine Schaufel für Geld verleihe, was doch erlaubt ist?“ Darauf wurde ihm die Antwort zu teil: Das kannst du nicht vergleichen. Eine Schaufel kommt wieder zum Besitzer zurück und man kann ihren Minderwert an Metall konstatieren, Geld kommt nicht zurück, man kann demnach auch nicht eine eventuelle Verminderung des Metallgehaltes feststellen[29]) (sc. welche doch allein die Berechtigung des Mietzinses ausmacht). — Dieser Fall erhält noch eine treffende Ergänzung durch folgenden seine Kehrseite behandelnden Rechtssatz, den die Tosefta als Erläuterung für ihren vorher erwähnten Ausspruch bringt: „Man darf sein Geld an einen Bankier (schulchani wörtlich „Tisch“ler) zum Zwecke des Auslegens, oder des Münzstudiums u. s. w. vermieten.“ In diesem Falle entäußert sich der Verleiher seines Geldes nicht, der Entleiher hat nicht das Recht des Verbrauches, sondern nur des Gebrauches, dieselben Münzen gehen am Ende des Vertrages an den Verleiher zurück, d. h. wir haben es mit einem Fall zu tun, bei dem das Geld einmal nicht als

[29]) In einer Lesart, die dem Schwiegersohne Raschis, Juda b. Nathan, (Riban) vorlag, lautete die dem R. Chama erteilte Antwort einfach: „Eine Schaufel kommt wieder zum Besitzer zurück, Geld hingegen nicht,“ welche Lesart die Tosafisten (Schüler und Nachfolger Raschis) dann dahin erläuterten, daß sie sagten: Bei einer Schaufel ist es nicht Darlehen, denn sie wird nicht hingegeben mit der Berechtigung, sie zu entäußern und eine andere dafür zurückzuerstatten, sondern der Entleiher muß sie in substantia (be-'ênah) wiedergeben, der Zins ist daher nicht Darlehenszins. (B. M. 69^{b} Tosafoth, Stichwort: mara). — Geschickter als die Umgehung des Wucherverbotes durch R. Chama ist diejenige, von welcher folgende Baraitha (B. M. 62^{b}) spricht: Einer sagt zu einem anderen: „Leihe mir eine Mine!“ — Darauf jener: „Eine Mine habe ich nicht, aber ich habe Weizen für eine Mine, den ich dir leihen will.“ Lieh er ihm Weizen für eine Mine (= 25 Sela') und kaufte ihn darauf für 24 Sela' ihm wieder ab. Das wäre eigentlich erlaubt, aber es ist doch verboten, so zu tun, wegen „Wucherlist“ (ha'arâmath ribbith).

res fungibilis betrachtet wird, mithin ein regelrechtes Nutzleihgeschäft vorliegt.

Aus all diesen Fällen erhellt zur Genüge, daß der Talmud und schon die frühesten Werke talmudischer Zeit die Wesensverschiedenheit zwischen Darlehen und Nutzleihe erkannt und ausgesprochen haben. Diese Wesensverschiedenheit wurde nun zu dem entscheidenden und ausschlaggebenden Moment, als es sich darum handelte, ein Darlehen eventuell zu erlauben, oder eine Nutzleihe eventuell zu verbieten. Ein Darlehen mußte erlaubt sein, wenn es möglich war zu konstatieren, daß bei ihm keine Eigentumsübertragung stattfand, wie wir es z. B. bei dem letzterörterten Fall von der Vermietung des Geldes an einen Bankier zum Zweck der Auslegung u. s. w. gesehen haben. Eine Nutzleihe mußte verboten werden, wenn sie ihrerseits in Verbindung mit einer Eigentumsübertragung stattfand. Um dies aber zu erreichen, bedurfte es nur eines Aktes: Daß der Entleiher die Gefahr des Gegenstandes übernimmt. Der Eigentümer hat stets die Gefahr[30]), und so gilt auch das Umgekehrte: Wer die Gefahr hat, gilt als der Eigentümer. Dies drückt schon die Tosefta in gewissem Sinne aus, indem sie nach der Erlaubnis, unter den angeführten Bedingungen an einen Bankier Geld zu vermieten, fortfährt: „Werden die Geldmünzen gestohlen, oder gehen sie verloren (aus Fahrlässigkeit), so hat der Entleiher Ersatz zu leisten. Gehen sie aber infolge einer force majeure (ônes) zu Grunde, so leistet er den Reinigungseid . . . und braucht nicht zu bezahlen.“ Soweit die Tosefta. Der Talmud selbst ist sich schon so klar über die juristische Identität der Begriffe Eigentum und Gefahr, daß er sie vollständig gleich setzt[31]). So ergibt sich für ihn in Bezug auf die Nutzleihe folgender Fall: Mietet jemand ein Schiff für den Seehandel, so darf er nicht

[30]) Vergl. den Satz; casum sentit dominus.

[31]) B. M. 72 b—73 a; bi-rschuth môchêr = be-'acharâjuth mocher, welche letztere Ausdrucksform auch der Jeruschalmi B. M. 17 a in derselben Baraitha bringt.

die Gefahr des Schiffbruchs auf sich nehmen, sonst ist sein Mietzins Wucher[32]). Dies wird zwar in der endgültigen Entscheidung des Talmud erlaubt[33]), aber aus Gesichtspunkten heraus, die seine Tendenz in Bezug auf diesen Fall noch deutlicher hervortreten lassen. Der Talmud bekämpft die angeführte Entscheidung nämlich mit einem Ausspruch, aus dem hervorgeht, daß ein solcher Fall nur dann einem Darlehen zu vergleichen sei, wenn außer dem Risiko des vollständigen Zugrundegehens von dem Entleiher auch noch die Garantie für sonstige Wertverminderung übernommen wird. Der Gegenstand muß bei seinem Verleihen genau nach seinem Geldwert abgeschätzt werden, erst dann wird ein Darlehen daraus. Denn dann erst hat der Verleiher sich seiner entäußert, dann erst hat er gewissermaßen eine Forderung auf eine Summe Geldes, die Abschätzungssumme. Auf den gegebenen Fall angewandt, würde also der Talmud erst dann den Mietzins des Schiffes verbieten, wenn der Mieter abgesehen vom Risiko des Schiffbruchs noch eine Entschädigung z. B. für das Schlechterwerden des Holzes im Wasser übernehmen würde, welche ohne eine vorherige und nachherige genaue Abschätzung des Wertes, den das Schiff hat, nicht gut festzustellen wäre. Solange dies aber nicht geschieht, findet auch keine eigentliche Eigentumsübertragung statt, die das Mietsgeschäft als Darlehen erscheinen lassen könnte, mag der Mieter auch wie hier die ganze Gefahr des Unterganges tragen.

Hier stehen wir an einer entscheidenden Stelle. Denn wer unseren Ausführungen aufmerksam gefolgt ist, wird erkennen, daß wir mit dem Letzten den klaffenden Widerspruch aufgedeckt haben, in den sich der Talmud hier auf dem Gebiete der Nutzleihe in derselben Art verirrt hat wie oben, als es sich um den Kaufkredit handelte: Auf der einen Seite die Tendenz, überall, wo bei der Nutzleihe das Spezifikum des

---

[32]) B. M. 69b: î agrâ lô pagrâ, î pagrâ lô agrâ.

[33]) B. M. ibid: âmar rab papa: hilkhetha sefîna agrâ u-pagrâ.

Darlehens, die Eigentumsentäußerung mit all ihren Konsequenzen, eintritt, den Leihzins als wucherisch zu verbieten (Miete eines Schiffes mit Uebernahme der Gefahr und der Wertverminderung)[34]. Auf der anderen Seite das Verbot des Leihzinses, auch wenn keine Eigentumsentäußerung stattfindet, sobald seine Berechtigung durch Zahlung eines Abnutzungsgeldes aufgehoben ist (der Fall vom Kessel im Hause des Mar Samuel, oben Seite 54). Das eine Mal wird der Begriff Darlehen im Sinn seiner von der Nutzleihe unterscheidenden Eigenart, der Eigentumsentäußerung, gebraucht, das andere Mal rein im Sinne von Kredit, als eines Geschäftes mit zeitlich auseinanderliegenden Leistungen. Der Widerspruch und die Abstraktionen, die stattfinden mußten, um eine derartige doppelte Auffassung des Darlehens in seinem Verhältnis zur Nutzleihe möglich zu machen, liegen auf der Hand. Während aber, wie wir oben gezeigt, die beiden verschiedenen Auffassungen des Darlehens, die bei Behandlung der Fälle vom Kaufkredit hervortraten, im Talmud selbst[35] gegensätzlich aufeinanderstoßen und wenigstens den Versuch einer Erklärung, wenn auch einen gezwungenen, hervorrufen, wird hier bei der Nutzleihe der Widerspruch gänzlich übersehen. Ja, noch mehr: Es möchte fast den Anschein haben, als ob hier die zwei gegensätzlichen Auffassungen des Talmuds vom Darlehen nicht nur unberührt nebeneinander laufen, sondern sogar zusammenfließen. Aus folgenden Tatsachen könnte man dies schließen: In dem vielfach erörterten Fall von der Schiffsmiete kommt folgende Phrase vor: „Zahlt er Miete, sollte er nicht die Gefahr übernehmen; übernimmt er die Gefahr, sollte er nicht Miete zahlen!“ (î agrâ lô pagrâ, î pagrâ lô agrâ). — In dem Fall vom Kessel im Hause des Mar Samuel, wird diesem auf seine Handlungsweise folgendes entgegengehalten: „Zahlt er (der Entleiher) Miete, sollte er nicht für den Metallverlust

[34]) Siehe weiter S. 61 f, wo dieselben Prinzipien bei noch anderen Geschäften in Anwendung kommen.

[35]) B. M. 63[a].

aufkommen; kommt er für den Metallverlust auf, sollte er nicht Miete zahlen!" (î agrâ lô pachthâ, î pachthâ lô agrâ). Diese beiden so verblüffend ähnlichen und in der Sprache des Talmud nach ähnlicher klingenden Formeln, welche im Talmud nicht 20 Zeilen voneinander stehen, legen die Vermutung nicht allzu fern, als habe man beide für je nach ihren Fällen vollständig parallele und identische Argumente gehalten. Das dies aber nach den vorangegangenen Darlegungen die Spitze aller Irrtümer wäre, leuchtet wohl ohne weiteres ein.

Wir wären hiermit am Schlusse dieser Ausführungen. Es erübrigt sich nur noch, kurz darauf hinzuweisen, daß das letztbehandelte Prinzip der Eigentumsentäußerung nicht allein bei der Nutzleihe in Frage kommt, sondern auch bei anderen ähnlichen Kreditgeschäften, die infolgedessen ebenfalls dem Wucherverbot unterworfen sind. So vor allem bei den mit persönlichen Diensten verbundenen Uebernahmegeschäften auf Risiko und Chance. Den größten Raum nehmen hierbei die verschiedenen Formen der Viehübernahme ein[36]: Uebernimmt man junges Vieh zum Aufziehen auf halben Gewinn (d. h. auf die Hälfte der durch das Aufziehen erfolgenden Wertsteigerung) und halbes Risiko (wenn das Vieh stirbt), so bewirkt das halbe Risiko die Eigentumsentäußerung in Bezug auf die Hälfte des Viehes, die infolgedessen als Darlehen betrachtet wird. Der halbe Gewinn, den der Uebernehmer erhält, gilt für seine Mühewaltung betreffs der einen Hälfte. Seine Mühewaltung für die andere Hälfte, welche als Darlehen in seinen Händen ist, bleibt ohne Entgelt und wird infolgedessen als ein Wucherzins betrachtet, den der Besitzer des Viehs für sein Darlehen empfängt. Bezahlt der Besitzer aber den Uebernehmer noch für seine Mühewaltung um diese Hälfte, so ist das Geschäft erlaubt[37]. Handelt es sich um

---

[36]) B. M. 68ª—70ᵇ.

[37]) B. M. 68ª Mischna. Unter genau denselben Bedingungen verbietet respektiv erlaubt der Talmud auch den Trödelvertrag ('ên moschîwîn chenwoni le-machaçith sachar u. s. w.) ibid.

Großvieh, mit dem der Uebernehmer arbeiten kann, so ist das Geschäft erlaubt, auch wenn der Besitzer dem Uebernehmer außer dem ihm zukommenden halben Gewinn nichts bezahlt, denn dann ist durch den Vorteil, den das Großvieh dem Uebernehmer durch seine Arbeit (Pflügen u. s. w.) bringt, die Gleichheit der beiderseitigen Leistungen vorhanden und also kein Wucher [38]). Uebernimmt wiederum in diesem letzten Falle der Empfänger des Viehes das ganze Risiko statt des halben wie früher, so tritt auch wieder Wucher ein [39]). Kurz, es genügt nicht, daß der Gewinnanteil gleich dem Risikoanteil sei, solange der Uebernehmer nicht seine Mühewaltung für den unter dem Risiko des Besitzers stehenden Teil der übernommenen Sache (hier des Viehs) besonders vergütet erhält [40]), sei es, das diese Vergütung selbständig gegeben wird, sei es, daß sie in einer Erhöhung des Gewinnanteiles respektiv einer Minderung des Gefahranteiles besteht [41]). Wie hoch diese Vergütung zu berechnen ist, ist dann eine weitere Frage, über die es im Talmud die verschiedensten Meinungen gibt, die zu behandeln aber schon außerhalb der Grenzen unseres Themas liegt.

Wir fassen das Resultat unserer Ausführungen dahin zusammen, daß wir sagen: Das Kreditgeschäft ist für den Talmud de facto die Vorbedingung allen Wuchers, mag es sich um welchen Kredit immer handeln (Darlehenskredit, Stundungskredit, Nutzleihkredit). De facto, aber nicht de jure. De jure kennt der Talmud nur einen Maßstab für alle Wuchergeschäfte: Das Darlehen [42]). In der Anwendung dieses Maßstabes aber begeht er den Irrtum, den Begriff Darlehen in

---

[38]) B. M. 69 b.

[39]) B. M. 70 b: Dies ist das verbotene Geschäft vom „Eisernen Vieh“ (çôn barzel).

[40]) sĕchar 'amâlo: B. M. 68 a.

[41]) B. M. 68 b unten, 69 a: Der Fall von R. 'Ilisch: î palgâ be-agar, thrê thilthê be-hefsêd, î palgâ be-hefsêd thrê thilthê be-agar.

[42]) Ueber agar netar siehe weiter S. 69 ff.

verschiedenen Abstraktionen verschieden zu fassen. Das eine Mal im Sinne seiner Homologie mit den anderen Kreditgeschäften als Kredit überhaupt (Geschäft, dessen eine Leistung in der Gegenwart, die andere in der Zukunft liegt), das andere Mal im Sinne seiner Wesensverschiedenheit von den anderen Kreditgeschäften, und zwar dem Kaufkredit (Stundung) gegenüber als Geschäft, bei dem die Aequivalente in Art, Quantität und Qualität gleich sind, dem Nutzleihkredit gegenüber als Geschäft, bei dem eine Entäußerung des dargeliehenen Gutes stattfindet.

Aus dieser Doppelauffassung entspringen alle Gezwungenheiten, die uns die talmudische Kontroverse und ihre Beweisführung bei der Wuchertheorie bieten.

II.

Die historische Entwicklung.

Wenden wir uns nun der Frage nach den Anfängen und dem Fortlauf der historischen Entwicklung zu, so müssen wir hier gleich am Anfang bekennen: Wir stehen auf steinigem Boden, und wenn wir überhaupt etwas sagen können, so kann dies nur unter allem Vorbehalt geschehen. Das Material versagt fast vollkommen. Mit dem Abschluß der die gesetzlichen Normen festlegenden Mischna (um 200 n.) ist auch die oben aufgezeigte Tendenz, zum mindesten in ihren Grundzügen, im großen und ganzen abgeschlossen. Die Kontroverse der nachfolgenden Amoräer erläutert und beleuchtet eigentlich nur die Bahn der Tannaïten, deren Diskussion, man kann sagen, ganz verloren gegangen ist. So bleiben uns einfach die in der Mischna und zum Teil auch in der Baraitha vorhandenen, meist anonymen Rechtssätze tannaïtischer Zeit als Material bestehen, welche auf ihre Ursprünge zurückzuführen fast immer ein Ding der Unmöglichkeit ist.

Wann nun der Uebergang vom reinen biblischen Darlehenswucher zum Kreditwucher vor sich ging, läßt sich nicht

mehr feststellen. Immerhin wird es möglich sein, gewisse Punkte in der Entwicklung des Wuchers festzuhalten, welche geeignet sind über den Fortlauf dieser Entwicklung einiges Licht zu verbreiten. Folgende Daten mögen das ihrige hierzu beitragen.

Der älteste Tannaït, von welchem uns Aussprüche über den Wucher überliefert sind, ist Hillel (geb. um 60 v. Chr.)[43], und die Mischna, die uns seine Entscheidung überliefert, erscheint schon aus diesem Grunde als eine der ältesten, wenn nicht die älteste, die wir auf diesem Gebiete besitzen. Wir setzen sie der Deutlichkeit halber im Wortlaut hierher: Man darf nicht zu einem anderen sagen: „Leihe[44]) mir ein Maß Weizen, ich will es dir zur Zeit der Tenne (Ernte) wiedergeben!“ Man darf aber sagen: „Leihe es mir, bis mein Sohn kommt, oder bis ich den Schlüssel (zu meiner Getreidekammer) wiedergefunden habe!“ Hillel verbot selbst das und sagte: Eine Hausfrau darf der anderen nicht ein Brot leihen[44]), bis sie seinen Geldwert festgestellt hat. Der Weizen könnte teurer werden und sie kämen so zu Wucher. —

Die erste Entscheidung dieser Mischna wird von anderen Mischnas[45]) und Baraithas[46]) als selbstverständlich und gar nicht mehr als besonderer Betonung bedürftig vorausgesetzt. Die Mischna konstatiert hier einfach, daß Wucher nicht bloß durch ausdrückliche Abmachung, sondern auch infolge der Unberechenbarkeit in den Schwankungen des Marktes entstehen kann. Die Ausdrucksweise der Mischna ist dementsprechend primitiv, und es scheint so, als wenn hier zum ersten Male

---

[43]) B. M. 75ª, Sabbath 148ᵇ, Tosefta B. M. VI, 10, Jeruschalmi B. M. 20ª.

[44]) halwêni: Daß hier der Ausdruck „Darleihen“ gebraucht wird, beweist, daß im jüdischen Recht nicht bloß die Leihe von Geld, sondern überhaupt jeder res consumtibilis et fungibilis als Darlehen betrachtet wurde.

[45]) B. M. 60ᵇ, 72ᵇ.

[46]) B. M. 62ᵇ, 63ª u. a. m.

das Steigen des Marktpreises als Wucher hervorrufend hingestellt wird. Der Fortgang der Mischna, vor allem die letzte Entscheidung Hillels, welche das, was nach den Worten des Anonymus der Mischna nur für Weizen und Getreide gilt, in erschwerendem Sinne auch auf Weizenbrote angewandt wissen will, — alles weist darauf hin, daß wir es hier mit den ersten Grundlagen und Rudimenten jener folgenreichen Entscheidung zu tun haben. Wenn vollends Hillel im Gegensatz zur Mischna hier keinen Unterschied gemacht wissen will, ob der Entleiher Weizen in seinem Besitze hat oder nicht[47]), sondern in jeder Beziehung erschwert, so geht daraus hervor, daß in jener Zeit die später sich so häufig wiederholende Formel: „Wenn er besitzt, ist es erlaubt, wenn nicht, verboten“[48]) sich in ihrem Gehalt und ihren Konsequenzen noch nicht durchgesetzt hatte.

Infolgedessen ist diese Mischna zweifelsohne auch älter als z. B. die erste des talmudischen Abschnittes über den Wucher[49]), die auf den ersten Blick als eine der ältesten er-

---

[47]) Der palästinensische Talmud (z. St. 20[a]) will aus der Mischna schließen, daß man wohl nicht bis zur Zeit der Tenne, wohl aber auf zwei bis drei Wochen leihen darf; „Hillel aber verbietet“. Man identifiziere diesen Schluß durchaus nicht mit dem, was die Mischna sagt: Man darf leihen, wenn man den Weizen selbst in seinem Besitze hat, nur aus äußeren Umständen nicht an ihn heran kann.

[48]) im jesch lo muttar, im ên lo âsur siehe oben S. 46.

[49]) B. M. 60[b]: Was ist nêschekh („Biß“, Zins) und was ist tarbith (Vermehrung)? — Was ist nêschekh? Wenn einer 4 Denare gegen 5, 2 Maß Weizen gegen 3 Maß verleiht, so ist das verboten, weil er „beißt“. — Was ist tarbith? Wenn einer sich bei Früchten „vermehren“ läßt. Z. B. einer kaufte vom anderen Weizen und bezahlte 24 Denare pro Maß, wie auch der Marktpreis stand. Da stieg der Weizen auf 30 Denare pro Maß. Da kam der Käufer, der seinen Weizen bis dahin noch nicht erhalten hatte, und sagte zum Verkäufer: „Gib mir jetzt meinen Weizen! Ich will ihn verkaufen und mir Wein dafür kaufen.“ Darauf jener: „Dein Weizen ist bei mir auf 30 Denare gestiegen. Ich will ihn dir für diesen Preis anrechnen und dir dafür von dem Weine geben, der in meinem Besitze ist.“ Es ist aber kein Wein in seinem

scheinen möchte, das sie ja noch an die biblischen Worte neschekh (Zins) und tarbith (Vermehrungsgeld), welche die spätere Entwicklung ganz fallen läßt, anknüpft. Tatsächlich aber setzt der zweite Teil dieser Mischna mit seinem recht komplizierten Kaufgeschäft schon die Entscheidung voraus, daß auch die Schwankungen des Marktpreises, nicht bloß ausdrückliche Abmachung, zu Wucher führen können. Auf derselben Voraussetzung gründet sich auch die Mischna über den Kaufabschluß von Früchten vor oder nach der Normierung des Marktpreises [50]). Wir können die Entstehung dieser beiden Mischnas also frühestens an die Wende der bürgerlichen Zeitrechnung ansetzen. Als das späteste Datum finden wir ungefähr das Jahr 150 n. Chr. Die späteren Schüler Rabbi Akibas (um 120) erörtern schon vielfach die letzterwähnte Mischna. So R. Meïr [51]), R. Jose [52]), R. Jehuda [53]). Vielleicht enthielten schon die Mischnasammlungen des Meisters diese Entscheidung. Die davor erwähnte erste Mischna des Abschnittes über den Wucher scheint ebenfalls dieser Schule zu entstammen, was daraus hervorgehen mag, daß der uns erhaltene halachische Midrasch Sifra, der auf die Schule Rabbi Akibas zurückgeführt wird, sie bei der entsprechenden Bibelstelle (Leviticus 25, 36 f.) bringt. —

In der angeführten Mischna vom Kaufabschluß auf Früchte, in der es heißt, daß man nicht vor Normierung des Markttarifes abschließen darf, nachher aber, auch wenn der Lieferant zur Zeit des Abschlusses keine Früchte besitzt, da er sie für das erhaltene Geld überall kaufen kann, fehlte übrigens ur-

---

Besitze (deshalb ist dies Geschäft verboten, weil der Marktpreis des Weines, bis er ihn liefern kann, möglicherweise wieder steigt).

[50]) B. M. 72: Man darf nicht auf den Kauf von Früchten abschließen, ehe der Marktpreis heraus ist. Ist er heraus, darf man abschließen, auch wenn Früchte nicht im Besitze des Lieferanten sind u. s. w.

[51]) B. M. 74 a.

[52]) B. M. 72 b Mischna.

[53]) Ibid.

sprünglich die letzte Erleichterung. Das erhellt erstens daraus, daß dieselbe Mischna im palästinensischen Talmud [54]) ohne diesen Passus steht, zweitens aus der letzten Hälfte der Mischna selbst: Begann die Ernte (respektiv Lese), so darf er über der Garbe, über dem Traubenbottich u. s. w. abschließen. Dies setzt voraus, daß die Garben respektiv der Wein im Besitze des Lieferanten sind. Wir ersehen daraus, daß man ursprünglich die Virtualität des Besitzes dem faktischen Besitze nicht gleichrechnete, und der in Frage kommende Passus erst später, vielleicht von Rabbi selbst in seiner endgültigen Mischnaredaktion aufgenommen, vielleicht auch erst von seinen Schülern hinzugefügt wurde.

Die eigentliche Nutzleihe finden wir erst zu Beginn der amoraïschen Zeit (Rab, Mar Samuel) in den Kreis der dem Wucherverbot unterworfenen Geschäfte einbezogen, doch scheinen schon die Tannaïten sich in gewissem Sinne darüber klar gewesen zu sein, daß das Wesen des Darlehens in einer Art Eigentumsentäußerung [55]) besteht, da sie bei allen Geschäften, bei denen eine Garantieübernahme durch den empfangenden Teil stattfindet (Viehübernahme, Trödelvertrag), jede Ungleichheit der Leistungen zum Schaden des Empfängers als wucherisch verbieten, mithin eine Art Darlehen in ihnen erblickt haben müssen.

---

[54]) Die Mischna im palästinensischen Talmud soll eine Redaktion sein, die Rabbi in jüngeren Jahren veranstaltete. Daher in ihr viele Abweichungen von der späteren Redaktion, die wir im babylonischen Talmud vor uns haben.

[55]) In der Tosefta B. M. IV, 2 wird dies sogar schon klar ausgesprochen, welchen Ausspruch wir oben, S. 56, bereits mitgeteilt haben. Er stammt aber wohl nicht mehr aus tannaïtischer Zeit, obgleich mit ihm in derselben Baraitha ein Ausspruch von Rabbis Vater, R. Simon b. Gamliel, angeführt wird. Man hat eben in dieser Baraitha einen älteren Grundstock, der mit dem Grundstock der Mischna B. M. 65[a] identisch ist, und einen jüngeren ihn erläuternden Teil zu unterscheiden, welchem der hier in Frage kommende Ausspruch über die Eigentumsentäußerung beim Darlehen angehört.

Die Zeit der letzten Tannaïten und die Epoche der ersten Amoräer (200—250 n. Chr.) war die für die entgültige Fixierung der Grenzen des Wuchers entscheidenste. Es wurde damals viel auf diesem Gebiete gearbeitet. R. Chija setzte eine ganze Menge Baraithas über den Wucher fest[56]) und scheint sich sogar ein eigenes Sammelwerk über diese Materie angelegt zu haben, welches der Amoräer R. Safra unter dem Titel „Wucher der Schule des R. Chija“ (ribbith de-bê rabbi Chija)[57]) zitiert. Es ist allerdings nicht ganz unmöglich, daß R. Safra unter diesem Namen nur den das Gebiet des Wuchers behandelnden Abschnitt der umfassenden Sammlungen (mischnâjoth gedôloth) des R. Chija meint, von denen die Tradition uns berichtet, und die er zweifellos auch angelegt hat[58]).

Mit Rab (st. 247) und Mar Samuel (st. 254), den Hauptamoräern der ersten babylonischen Epoche, erreichte die Diskussion über den Wucher eine Art Höhepunkt. Sie haben ihn in fast allen seinen Teilen erörtert und es gab kaum eine wesentliche und grundlegende Frage, an die sie nicht in irgend einer Weise herangetreten wären. Aber trotz des eifrigen Studiums kam auch diese Generation noch nicht zum Bewußtsein des wahren Sachverhaltes. Rab verfiel sogar den oben[59]) erörterten Konsequenzen, die sich aus der Möglichkeit einer doppelten Auffassung des Begriffes „Darlehen“ ergaben. Er verbot einen Kaufabschluß als wucherisch, obgleich im Sinne der damaligen juristischen Auffassungen kein Kredit vorlag, sondern nur das Spezifikum des Darlehens, die Gleichheit der

---

[56]) Der Jeruschalmi B. M. 19ᵇ bringt einen instruktiven Fall, in welchem berichtet wird, wie R. Chija aus einem Kasus, der ihm selbst widerfuhr, nach Einholung des Urteils seines Lehrers Rabbi eine juristische Norm schuf.

[57]) B. M. 62ᵇ, 65ᵇ.

[58]) Jedenfalls besitzen wir von R. Chija eine Variante zur Mischna 72ᵇ. Er liest dort statt ʿal ha-maʿṭon schel zêthim — ʿal kômer schel zêthim (B. M. 74ᵃ), woraus hervorgeht, daß er eine eigene Mischnasammlung besaß.

[59]) Siehe oben S. 49 ff.

Aequivalente, sich konstatieren ließ. Und so sagte er[60]): Man darf Geld auf Früchte, das Maß nach dem gegenwärtigen Marktpreis berechnet, anzahlen, um sie sich später liefern zu lassen, — auch wenn die Früchte inzwischen teurer geworden sind. Man darf es aber nicht, um sich später statt ihrer entsprechend ihrer Preissteigerung mehr Geld zurückzahlen zu lassen, als man gab.

In diesem Punkte tritt ihm (Rab) der palästinensische Amoräer R. Janaj entgegen, indem er einfach erklärt: „Es ist ganz gleich, ob er die Früchte oder ihren Wert in Geld erhält“ [61]). Mit diesem Ausspruch war R. Janaj vielleicht der erste, der erkannt oder zum mindesten geahnt hat, daß nicht das von den anderen Kreditgeschäften unterscheidende Merkmal des Darlehens die Vorbedingung für den Eintritt des Wuchers sei, sondern das mit ihnen ihm gemeinsame Moment des Kredites.

Das entscheidende Wort aber war damit noch nicht gesprochen. Das geschah erst ein halbes Jahrhundert später, um 300 n. Chr., als in Babylonien ein Mann auftrat, welcher in einer juristischen Offenbarung allerersten Ranges der oben geschilderten Tendenz die Wurzeln abzuschneiden suchte, indem er den Satz aufstellte[62]): „Die Grundregel für den Wucher: Jeder Lohn für ein Warten ist verboten! Mit der Aufstellung dieser Formel (agár neṭár = Lohn fürs Warten) war mit einem Male der bisher fehlende Begriff des Kredites ersetzt und zwar in einer Weise, die den talmudischen Sinn auch nach seinem traditionellen Gehalt in trefflicher Weise wiedergab. Auch die Forderung der Unentgeltlichkeit, die dem talmudischen Begriff des Kredites anhaftete, war hierin ausgedrückt. Denn wenn ich „warte“, so liegt darin die Voraussetzung, daß ich eigentlich nicht warten brauchte, mein Warten also ein freiwilliger Akt meiner Ge-

[60]) Siehe oben S. 50, B. M. 63ᵃ.

[61]) B. M. 63ᵃ mâh li hên mâh li demêhen.

[62]) B. M. 63ᵇ klala di-ribbitha kol agár neṭár leh asur.

fälligkeit oder Wohltätigkeit ist. Der Mann, welcher diese Formel schuf, war R. Nachman bar Jaʿaqob[63]) aus Schekanzib am Tigris, der Oberrichter der dem Exilarchat unterstellten Juden (st. 320). Er war ein bedeutender Rechtsgelehrter und soll außerordentlich stolz und selbstbewußt gewesen sein. Auch hier war er in jeder Beziehung von der, man könnte fast sagen, umwälzenden Bedeutsamkeit seines Ausspruchs durchdrungen, sonst hätte er ihn nicht in einer so einzigartigen Gestalt, einem so maßgebenden Stil hingestellt, hätte das, was er sagen wollte, nicht in eine so prägnante infolge des Reimes (agar neṭar) leicht merkbare Form gebracht. Eines ist sicher: Der von ihm aufgestellte Satz hebt ihn, wenigstens, was das vorliegende Gebiet anbetrifft, hoch über seine Zeitgenossen empor. Er muß ihn erst ganz am Ende seines Lebens (320 n.) festgelegt haben, denn der im Anfang des vierten Jahrhunderts abgeschlossene palästinensische Talmud kennt ihn nicht, obgleich er den Namen R. Nachmans noch bringt[64]). Wie bedeutsam übrigens der Ausspruch dieses Mannes war, beweist unter anderem die Tatsache, daß es eine Mischna gibt, welche durch ihn erst überhaupt eine Erklärung erfuhr, und zwar waren es die babylonischen Zeitgenossen R. Nachmans, Rabba (st. 331) und R. Josef (st. 333), welche die in Frage kommende Mischna durch den neuen Begriff R. Nachmans erläuterten[65]). Daß

---

[63]) R. Nachman kommt im babylonisch-talmudischen Abschnitt über den Wucher an folgenden Stellen vor: B. M. 63^{b}, 64^{b}—65^{a}, 65^{a} zweimal, 66^{b}, 68^{b}, 72^{b}, 75^{a}.

[64]) Jeruschalmi B. M. 15^{b}.

[65]) B. M. 65^{a}: Mischna: Man darf den Mietspreis, aber nicht den Kaufspreis erhöhen. (Marbin 'al ha-sâkhar we-ên marbin 'al ha-mêkher). Z. B. vermietet einer dem anderen einen Hof und sagt: „Bezahlst du mir jetzt auf einmal die ganze Miete, so beträgt sie 10 Sela' das Jahr, zahlst du mir aber Monat für Monat, dann beträgt sie monatlich 1 Sela', das sind 12 Sela' im Jahr,“ so ist das erlaubt. Verkauft er aber dem anderen sein Feld und sagt ebenso: „Bezahlst du mir jetzt den Kaufpreis, so bekommst du es für 1000 Sus (= 10 Minen), wenn aber erst nach der Ernte,

diese in jener Zeit hochangesehenen Rechtsgelehrten, welche beide nacheinander Rektoren der Hochschule von Pum-Beditha waren, den neuen Begriff vollinhaltlich anerkannten und anwendeten, ist ein Beweis für den Eindruck, den er damals gemacht haben muß. Auch ist das in ihm sich Geltung verschaffende Prinzip auch sonst nicht ohne Folgen geblieben, insofern als beispielsweise in dem oben [66]) angeführten Gegensatz zwischen Rab und R. Janaj die letzte juristische Entscheidung des Talmud (Halacha) dem R. Janaj recht gibt [67]), aus dessen Entscheidung im Widerspruch zu Rab und in Uebereinstimmung mit dem Grundsatz des R. Nachman die Ansicht resultierte, daß niemals das Spezielle des Darlehens (die Rückgabe in Artgleichheit), sondern nur das ihm mit dem Termingeschäft gemeinsame Generelle (der Kredit) die Vorbedingung für den Eintritt des Wuchers sein könne. Wenn nun auch aus solchen Einzelfällen ersichtlich ist, inwiefern das dem Ausspruch R. Nachmanns zu Grunde liegende Prinzip schließlich Erfolg gehabt hat, so muß doch gesagt werden, daß dieser Erfolg ein Sieg der Idee nicht genannt werden kann, im Gegenteil, der wahrhaft erlösende Gedanke dieses juristischen Genies im großen und ganzen doch wirkungslos geblieben ist.

---

so mußt du mir 12 Minen zahlen," so ist das verboten. Gemara: Worin besteht der Unterschied zwischen den beiden Fällen? — Rabba und R. Josef sagen: Ein Mietsgeschäft gilt erst am Ende der Mietszeit abgeschlossen (d. h. ein Mietsgeschäft ist kein Kreditgeschäft), da der Vermieter also momentan noch gar nicht die Zahlung des Mietspreises beanspruchen kann, liegt hier kein Wartelohn (agar neṭar) vor, und wenn er es ihm jetzt billiger anbietet, so ist das einfach eine erlaubte Ermäßigung des Mietszinses. Beim Kaufgeschäft hingegen kann der Verkäufer die Zahlung des Preises sofort beanspruchen nach der Besitzergreifung des Feldes durch den Käufer, folglich ist die Stundung des Preises eine Gefälligkeit von ihm. Nimmt er daher dafür einen höheren Kaufpreis, so ist das Wartelohn (agar neṭar) und als Wucher verboten.

[66]) Siehe oben S. 68 f.

[67]) B. M. 65^{b}: we-hilkhetha ke-rab Janaj de-âmar mah li hên mah li demêhen.

In den ganzen 180 Jahren der talmudischen Epoche, die noch auf R. Nachman folgte, waren es nur Raba[68]), sein Zeitgenosse, und die anonyme Gemara[69]), welche den Begriff agar neṭar mehrmals anwenden. Später hat Raschi (1040—1105), der berühmteste Kommentator des Talmud, sich den Begriff in gewissem Sinne dadurch zu eigen gemacht, daß er ihn ins Hebräische (der Ausdruck selbst ist aramäisch) übersetzte[70]) und ziemlich häufig einwandte. Ueber eine häufige Anwendung aber kam auch er nicht hinaus, ebensowenig, wie das ganze nachfolgende jüdische Recht. Von einer Auffassung des Begriffes als der Grundlage allen Wuchers, wie R. Nachman ihn sah, ist nicht die Rede[71]).

---

[68]) Babli, Baba Bathra 87ª, andeutungsweise auch B. M. 73ª, wo er wenigstens das Wort neṭar (warten) gebraucht.

[69]) B. M. 73ª und Baba Bathra 87ª.

[70]) Sekhar hamtânath mâ'oth.

[71]) [Aus diesen Ausführungen dürfte sich mit genügender Sicherheit ergeben, daß das Wucherverbot des Islam, das sich mehr auf das Kauf-, als das Darlehensgeschäft bezog, aus dem Talmudrechte stammt. Ueber die Wucherlehre des Islam vgl. denselben Verfasser in den Berliner Juristischen Beiträgen II, vgl. auch meinen Aufsatz in dieser Zeitschr. VI S. 214 f., 235 f., 249 und Moderne Rechtsfragen bei islam. Juristen S. 5 f. — Kohler.]

III.

Milchverwandtschaft bei den Etruskern.

Von

Josef Kohler.

Ich erhalte von Herrn Prof. Armin Ehrenzweig in Wien nachstehende interessante Mitteilung:

„Die Sage erzählt, daß Herkules von der Juno gesäugt wurde. Als Grund bezeichnet Eratosthenes (Catasterismi 44) eine eigentümliche Rechtsnorm: οὐ γὰρ ἐξῆν τοῖς Διὸς υἱοῖς τῆς οὐρανίου τιμῆς μετασχεῖν, εἰ μή τις αὐτῶν θηλάσειε τὸν τῆς Ἥρας μαστόν. Dazu scheint nicht recht zu passen, daß Herkules nicht als Säugling, sondern erst nach seinem Tode in den Kreis der Götter aufgenommen wurde, und noch weniger, daß, solange er lebte, gerade Hera seine erbittertste Feindin war. Die alten Schriftsteller nahmen daher übereinstimmend an, daß Hera im Irrtume über die Person des Säuglings gewesen sei (so auch Diodor 4, 9). Nun besitzen wir auf mehreren etruskischen Spiegeln eine Darstellung des Vorganges, die, wie mir scheint, die ursprünglichste ist und alles erklärt. Am lehrreichsten ist der berühmte Spiegel von Volterra (Gerhard, Etruskische Spiegel V, 60). Der gesäugte Herkules erscheint hier als reifer Mann, mit Vollbart; er trägt Keule und Löwenfell, so daß an eine Irreführung der Juno, freilich aber auch an eine wirkliche Säugung gar nicht zu denken ist. Juno sitzt mit entblößter Brust im Prunkgewande auf einem Throne, Zeugen wohnen dem feierlichen Akte bei, darunter, mit dem Zepter geschmückt, Jupiter.

Wenn Sie . . . einen Blick auf diesen Spiegel werfen, so werden Sie gewiß darüber nicht im Zweifel sein, daß es sich um eine Zeremonie und zwar um die Adoption des Herkules durch die Juno handelt, wiewohl Diodor die Säugungsgeschichte von der Adoptionsgeschichte trennt. Den Philologen freilich ist die Deutung des Bildes nicht gelungen, und doch lesen wir in der Inschrift, die diesem Spiegel so großes Ansehen verschafft hat, die Worte: ‚hercle unial clan‘, d. h. Herkules Sohn der Juno. Wenn Körte (Etruskische Spiegel V, S. 75) meint, der Verfasser der Inschrift habe hierin geirrt, so beweist dies nur die Ratlosigkeit des Auslegers.

Die — im übrigen unverständliche — Inschrift steht auf einer Tafel, welche Jupiter in der Hand hält; sie lautet vollständig: ‚Eca sren tva iχnac hercle unial clan thra sce‘. Der zechende Silen am oberen Rande des Spiegels soll wohl daran erinnern, daß der Feierlichkeit ein Gelage folgt. Eine ähnliche Darstellung gibt der Spiegel V, 59; hier ist Juno durch das Horn der Amaltheia als Nährmutter charakterisiert. Eine dritte Abbildung desselben Vorganges bietet der Spiegel II, 126; vielleicht gehört auch II, 125 hierher, wo ein Jüngling gesäugt wird, der freilich nicht gerade Herkules sein muß.“

Soweit die dankenswerte Mitteilung. Bekanntlich berichtet Diodor IV, 39 über die Adoption des Heracles durch die Hera, allerdings ohne die Säugung, wohl aber unter Nachahmung des Geburtsaktes, worüber der Begründer der vergleichenden Rechtswissenschaft, Bachofen, im Mutterrecht S. 254 ausführlich gehandelt hat; die Stelle heißt: προσλαβομένην πρὸς τὸ σῶμα, διὰ τῶν ἐνδυμάτων ἀφεῖναι πρὸς τὴν γῆν, μιμουμένην τὴν ἀληθινὴν γένεσιν. Auch über den Kult des Heracles (des Semo Sancus) bei den Etruskern hat derselbe Forscher in seinem allerdings wenig gelesenen, etwas diffusen, aber grundgelehrten Buch: Die Sage von Tanaquil S. 54 f., 73 f. reichliche Mitteilungen gegeben.

Die Säugung des Heracles aber ist natürlich auch ein Akt der Kindesannahme, aber einer Kindesannahme durch Herstellung

der Milchverwandtschaft, jener Milchverwandtschaft, wie sie sich im Kaukasus findet und wie sie im Islam zum verbreiteten Weltrecht des Orients wurde: Gemeinsamkeit der Milch, Gemeinsamkeit des Blutes. Allerdings geschieht diese Adoptionssäugung regelrecht in den ersten Zeiten des Lebens, aber die Adoption erfolgt überhaupt meist in früher Jugend. Daß sie noch später nachgeholt werden kann, zeigt obiger Fall; auch war es natürlich nur ein Schritt zu der weiteren Gestaltung, daß das Säugen nur noch symbolisch erfolgte: wie die Adoption durch Nachahmung des Geburtsaktes, so die Adoption durch die Muttermilch, durch Säugen und durch Nachahmung des Säugens. Auf diese Weise gewinnt die Stelle des Eratosthenes ihre Bedeutung: wer in den Olymp einzieht, muß der Sohn der Göttermutter werden.

Findet sich doch im Kaukasus nicht bloß die Milchverwandtschaft, sondern völlig das Ebenbild der Heraklesadoption, namentlich wenn bei der Aussöhnung zur Schlichtung der Blutrache ein Familienmitglied des Mörders von der Mutter des Getöteten angekindet wird. So heißt es von den Osseten: si c'est un membre quelconque de la famille du meurtrier qui est adopté, c'est généralement la mère qui a perdu son enfant qui est adoptante: on simule alors, en présence des parents, l'acte d'une mère nourrissant son enfant. L'adopté se serre contre le sein découvert de la femme, en prononçant ces paroles: „A partir de ce jour, je suis ton fils et tu es ma mère“, l'adoptante répond: „Je suis ta mère tu es mon fils“ (Kovalewski, droit coutumier ossétien p. 204). Etwas Aehnliches wird obige Inschrift bedeuten. Scheint doch auch die etruskische Sprache in den Kaukasus zu führen.

IV.

Zur Strafrechtsphilosophie des Thomas von Aquin.

Von

Bernhard Brands, Oberforstbach.

Die nachfolgende Abhandlung gibt in gedrängter Form einen Teil einer Arbeit über die Strafrechtsphilosophie des hl. Thomas von Aquin wieder, welche der Verfasser im Sommer 1904 in dem strafrechtlichen Seminar von Professor Kohler begonnen hat. Sie beschränkt sich auf die Darlegung der Lehre von der Strafe im besonderen; die Lehren von dem Wesen der Strafe und Schuld und die Lehre von der Schuld im besonderen bleiben hier unberücksichtigt. Verfasser schließt sich dabei nach Möglichkeit an die reifste systematische Schöpfung des hl. Thomas, die Summa theologica, an, ohne indessen die anderen in Betracht kommenden Quellen zu vernachlässigen. Wo es geht, läßt er dabei den hl. Thomas selbst reden [1]).

---

[1]) Die wichtigeren Stellen sind im Text angeführt, die weniger wichtigen in die Anmerkungen versetzt. Ueber die bei der Zitation gewählten Abkürzungen bemerke ich: s. th. = Summa theologica; s. th. I = pars prima derselben; s. th. 1 II = prima secundae d. h. die erste Abteilung des zweiten Teiles der s. th.; 2 II = secunda secundae d. h. die zweite Abteilung des zweiten Teiles der s. th.; q. = quaestio; a. = articulus; c. = corpus des Artikels d. i. der entscheidende, auf die Frage antwortende, mit den Worten Respondeo dicendum beginnende Teil des Artikels; obi. = obiectio d. i. ein Einwand, den Thomas gegen die im corpus vertretene Ansicht erhebt; ad = responsio ad obiectionem d. i. die Widerlegung des Einwandes.

Die hier vorgetragenen Lehren finden sich fast ausschließlich in dem der Gerechtigkeit gewidmeten Abschnitte der Secunda secundae der Summa theologica q. 57 ff. Indessen kann die dort gewählte, durch das theologische Interesse des Autors bedingte und vom malum culpae bestimmte Einteilung hier, wo es sich um die Darlegung des malum poenae handelt, naturgemäß keine Anwendung finden. Ueber die hier gewählte Einteilung sei bemerkt, daß die Strafe zunächst rein äußerlich betrachtet und in ihre Arten unterschieden wird. Die beiden folgenden Paragraphen erörtern das Verhältnis des Richters, der die Strafe verhängt, und des Verbrechers, über den sie verhängt wird, zur Strafe; der nächste Paragraph behandelt die Zwecke der Strafe.

§ 1.

Die Strafarten.

Da die Strafe, insofern sie objektives Uebel ist, Negation [2]) des Guten ist, so bestimmt sich der Unterschied der Strafarten nach dem Unterschied der Güter, als deren Negation sie sich darstellen.

Die Güter des Menschen teilt Thomas ein in bona animae, bona corporis und bona exteriora [3]). Gegen die bona animae kann sich die menschliche Strafe nicht richten, und bleiben also als Arten der menschlichen Strafe das malum corporis und das malum exteriorum rerum. Von diesen ist das malum corporis an sich genommen eine schwerere Strafe als das malum exteriorum rerum [4]).

---

[2]) Negation in privativem Sinne, nicht pure Negation.

[3]) s. th. 1 II q. 84 a. 4 c.; 2 II q. 104 a. 3 c.; 1 II q. 87 a. 7 c.; 2 II q. 73 a. 3 c.

[4]) s. th. 2 II q. 73 a. 3 c. ... Tanto ... est maius nocumentum, quanto maius bonum demittitur. Cum autem sit triplex bonum hominis, scilicet bonum animae et bonum corporis et bonum exteriorum rerum, bonum animae, quod est maximum, non potest aliter ab alio tolli, nisi

Ueber die Einteilung der körperlichen Strafen sagt Thomas s. th. 2 II q. 65 a. 3 c.:

In bonis corporis tria per ordinem considerantur. Primo quidem integritas corporalis substantiae, cui detrimentum affertur per occisionem vel mutilationem. Secundo delectatio vel quies sensus, cui opponitur verberatio vel quodlibet sensum dolore afficiens. Tertio motus et usus membrorum, qui impeditur per ligationem vel incarcerationem seu quamcumque detentionem.

Unter den äußeren Gütern steht die Ehre über dem Besitz [5]), und sind demnach die Ehrenstrafen schwerer als die Vermögensstrafen [6]).

Neben dieser rationellen Einteilung der Strafen findet sich eine mehr empirische Einteilung in folgender Stelle (s. th. 2 II q. 108 a. 3 c.):

Per subtractionem omnium, quae homo maxime diligit, est vindicta de peccato sumenda. Haec autem sunt, quae homo maxime diligit: vitam, incolumitatem corporis, libertatem sui et bona exteriora, puta divitias, patriam et gloriam. Et ideo ut Augustinus refert 21 de civitate dei octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius, scilicet mortem, per quam tollitur vita, verbera et talionem, ut scilicet oculum pro oculo perdat, per quae amittit quis corporis incolumitatem, servitutem et vincula, per quae perdit libertatem, exilium, per quod perdit patriam, damnum, per quod perdit divitias, ignominiam, per quod perdit gloriam.

---

occasionaliter, puta per malam persuasionem, quae necessitatem non infert; sed alia duo bona, scilicet corporis et exteriorum rerum, possunt ab alio violenter auferri. Sed quia bonum corporis praeeminet bono exteriorum rerum, graviora sunt peccata, quibus infertur nocumentum corporis quam ea, quibus infertur nocumentum exterioribus rebus. . . .

[5]) s. th. 2 II q. 73 a. 3 c. . . . exteriora bona, inter quae fama praeeminet divitiis, eo quod propinquior est spiritualibus bonis. . . .

[6]) Ueber die Berechtigung der hier aufgezählten Strafen siehe unten S. 89 ff.

Von der Strafe wohl zu unterscheiden ist die dem Verbrecher in der Mehrzahl der Fälle obliegende Pflicht der Restitution. Bei der verbrecherischen Handlung hat man nämlich zweierlei zu beachten. Einmal hat die verbrecherische Handlung regelmäßig eine inaequalitas ex parte rei, eine sachliche Ungleichheit, eine einen anderen treffende Veränderung in der Außenwelt zur Folge. Zweitens ist sie eine culpa iniustitiae, eine schuldhafte ungerechte Handlung. Quantum ad primum (was die erste Eigenschaft anlangt) adhibetur remedium per restitutionem, in quantum per eam aequalitas reparatur, ad quod sufficit, quod restituat tantum, quantum habuerit de alieno. Sed quantum ad culpam, adhibetur remedium per poenam, cuius inflictio pertinet ad iudicem. Et ideo antequam sit condemnatus per iudicem, non tenetur restituere plus quam accepit; sed postquam condemnatus est, tenetur poenam solvere [7]). Demjenigen ist zu restituieren, in dessen Rechtssphäre ein Eingriff erfolgt ist [8]), und zwar hat die Restitution in allen Fällen zu erfolgen, in denen ein solcher Eingriff erfolgt ist, also nicht nur bei verbrecherischen Handlungen, sondern auch bei unbefangenem Unrecht [9]). Zu restituieren ist das Aequivalent dessen, was der andere durch die Handlung eingebüßt hat [10]). Die Restitution geht auf die Herstellung des früheren Zustandes. Sie besteht meistens in der Uebertragung von Werten aus dem Vermögen des Verletzenden in das des Verletzten. In den Fällen der Ehrverletzung besteht eine Verpflichtung zur restitutio famae [11]). Diese erfolgt regelmäßig durch Widerruf der Ehrverletzung. Wo ein Widerruf nicht möglich ist oder nicht zur Ausgleichung des angerichteten

---

[7]) s. th. 2 II q. 62 a. 3 c. [Eine bedeutsame Wahrheit. Kohler.]

[8]) s. th. 2 II q. 62 a. 5 c.

[9]) s. th. 2 II q. 62 a. 3 c.

[10]) s. th. 2 II q. 62 a. 2.

[11]) s. th. 2 II q. 62 a. 2 ad 2. Vgl. auch s. th. 2 II q. 73 a. 2 c.: tenetur aliquis ad restitutionem famae sicut ad restitutionem cuiuslibet rei subtractae.

Schadens führen würde, hat eine Restitution in anderer Weise zu erfolgen, z. B. durch Geld oder Erweisung von Ehren [12]).

§ 2.

Richter und Strafe.

I. Die Erfordernisse des Urteils. Ein Urteil ist nur insoweit erlaubt, als es ein Akt der Gerechtigkeit ist. Hierzu wird Dreierlei erfordert:

1. Es muß aus dem Willen, gerecht zu handeln, hervorgehen.
2. Es muß vernünftig sein.
3. Es muß sich gründen auf die Autorität des Staatsoberhauptes.

Fehlt das erste Erfordernis, so heißt das Urteil ein iudicium perversum vel iniustum. Fehlt das zweite Erfordernis, so wird es als iudicium suspiciosum vel temerarium bezeichnet. Fehlt das dritte Erfordernis, so nennt man es iudicium usurpatum [13]).

---

[12]) s. th. 2 II q. 62 a. 2 ad. 2. ... Si non possit famam restituere, debet ei aliter recompensare, sicut et in aliis dictum est, nämlich eod. ad 1, wo es heißt: In quibus non potest recompensari aequivalens, sufficit, quod recompensetur, quod possibile est. ... Et ideo, quando id, quod est ablatum, non est restituibile per aliquid aequale, debet fieri recompensatio, qualis possibilis est, puta cum aliquis alicui abstulit membrum, debet ei recompensare vel in pecunia vel in aliquo honore considerata conditione utriusque personae secundum arbitrium boni viri.

Die hier kurz skizzierte Lehre von der Restitution bildet ein ständiges und umfangreiches Kapitel der scholastischen Moralphilosophie. Sie stellt sich als philosophisch-theologische Behandlung der Lehre vom Schadensersatz dar und verdient, auch von seiten der Juristen mehr beachtet zu werden. Insbesondere wäre es von großem Interesse, die Beziehungen dieser Lehre zu der gleichzeitigen Theorie und Praxis der Rechtswissenschaft aufzudecken. Meines Wissens fehlt eine Darstellung, welche diesen Punkt ins Auge faßte, zur Zeit noch.

[13]) s. th. 2 II q. 60 a. 2 c. Iudicium in tantum est licitum, in quantum est iustitiae actus. Sicut autem ex praedictis patet, ad hoc,

II. Das staatliche Strafrecht. Die beiden ersten Erfordernisse sind ethischer, das dritte ist rechtlicher Natur. Hier interessiert nur letzteres. Es umfaßt ein doppeltes:

1. Nur dem Staate steht das Recht der Bestrafung zu, nicht den Privaten.

2. Der Staat darf nur da strafen, wo ihm eine Autorität über den zu Bestrafenden zusteht, mit anderen Worten, er hat sich innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit zu halten.

Für das ausschließliche Recht des Staates, zu strafen, gibt Thomas drei Begründungen, welche meines Erachtens in der Geschichte der Rechtsphilosophie unübertroffen dastehen:

1. Die erste Begründung geht aus von der Qualität des Urteils als Quasi-lex. Auf die Frage[14]): Utrum iudicium per usurpationem reddatur perversum, gibt er die Antwort: Respondeo dicendum, quod, cum iudicium sit ferendum secundum leges scriptas, ut dictum est (nämlich eodem a. 5), ille, qui iudicium fert, legis dictum quodammodo interpretatur applicando ipsum ad particulare negotium. Cum autem eiusdem auctoritatis sit, legem interpretari et legem condere, sicut lex condi non potest nisi publica auctoritate, ita nec iudicium ferri potest nisi publica auctoritate, quae quidem se extendit ad eos, qui communitati subduntur. Et ideo sicut iniustum esset, ut aliquis constringeret

---

quod iudicium sit actus iustitiae, tria requiruntur. Primo quidem, ut procedat ex inclinatione iustitiae. Secundo quod procedat ex autoritate praesidentis. Tertio quod proferatur secundum rectam rationem prudentiae. Quodcumque autem horum defuerit, iudicium erit vitiosum et illicitum. Uno quidem modo, quando est contra rectitudinem iustitiae, et sic dicitur iudicium perversum vel iniustum. Alio modo, quando homo iudicat in his, in quibus non habet autoritatem: et sic dicitur iudicium usurpatum. Tertio modo, quando deest certitudo rationis, puta cum aliquis de his iudicat, quae sunt dubia vel occulta propter aliquas leves coniecturas et sic dicitur iudicium suspiciosum vel temerarium.

[14]) s. th. 2 II q. 60 a 6 c.

alium ad legem servandam, quae non esset publica lege sancita, ita etiam iniustum est, si aliquis compellat aliquem ferre iudicium, quod publica auctoritate non fertur.

2. Die zweite Begründung geht aus von der Qualität des Urteils als Zwangssatzung. Auf die Frage[15]: Utrum quis possit iuste iudicare eum, qui non est sibi subiectus, antwortet er: Respondeo dicendum, quod sententia iudicis est quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto. Et ideo sicut lex generalis debet habere vim coactivam, ut patet per Philosophum in 10. Eth., ita etiam et sententia iudicis debet habere vim coactivam, per quam constringatur utraque pars[16] ad servandam sententiam iudicis, alioquin iudicium non esset efficax. Potestatem autem coactivam non habet licite in rebus humanis, nisi ille, qui fungitur publica potestate, et qui ea funguntur, superiores reputantur respectu eorum, in quos sicut in subditos potestatem accipiunt sive habeant ordinariam sive per commissionem. Et ideo manifestum est, quod nullus potest iudicare aliquem, nisi aliquo modo subditus eius sit vel per commissionem vel per potestatem ordinariam.

Diese Begründung ist der ersten verwandt, insofern beide von dem Begriffe des Gesetzes ausgehen. Sie unterscheidet sich von ihr jedoch insofern, als dort von der lex schlechthin als einer regula humanorum actuum ausgegangen wird, während hier von der lex in ihrer konkreteren Bestimmung als einer mit Zwangsgewalt ausgerüsteten Regel menschlicher Handlungen ausgegangen wird[17].

---

[15]) s. th. 2 II q. 67 a. 1.

[16]) Nämlich im Strafprozeß accusator und reus. Vgl. S. 95.

[17]) Die Frage, ob der Zwang ein Merkmal des Rechtsbegriffes sei, gehört zu den am meisten umstrittenen in der Rechtsphilosophie. Unter den Neuscholastikern herrscht meines Wissens Einstimmigkeit darüber, daß dieses Merkmal nicht zum Rechtsbegriff gehöre. Vgl. Dr. Johannes Haring, Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und

3. Die dritte Begründung für das staatliche Strafrecht nimmt folgenden Gang. An sich stände nichts im Wege, daß

---

modernen Jurisprudenz, Graz 1899, S. 91 und Viktor Cathrein S. J., Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg 1901, S. 58 ff. und die dort Zitierten. Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob und inwiefern der Zwang zum Begriff des Rechts gehöre. Hier sei nur bemerkt, daß sie sich dabei nicht auf die Auktorität des hl. Thomas stützen können. Ich lasse die Erörterung hierüber folgen, weil sie von grundlegender Wichtigkeit für die unter 2 gegebene Begründung des ausschließlichen staatlichen Strafrechts ist und weil die dabei in Betracht kommenden Stellen von Bedeutung sind für die Strafrechtsphilosophie überhaupt.

Bei dem Versuche der Lösung der Frage, ob der Zwang ein Merkmal des Rechtsbegriffes sei, ist daran festzuhalten, daß unter Recht hierbei selbstverständlich nur das menschliche Recht gemeint ist. In s. th. 1 II q. 90 a. 4 c. gibt nun Thomas folgende Definition des Gesetzes: lex nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata. Von dieser Definition des Gesetzes gehen die an Thomas sich anschließenden Neuscholastiker aus und so erklärt z. B. Balmes, Lehrbuch der Ethik, übersetzt von Dr. Lorinser, Regensburg 1852 (ich zitiere nach Dr. Haring o. c. S. 21): „Es ist zu beachten, daß in dieser thomistischen Definition des Gesetzes die Idee der Gewalt auch nicht einmal in Form der Strafe eine Stelle gefunden. Der tiefsinnige Urheber jener Definition glaubte mit Recht, daß die Sanktion durch die Strafe nicht zum Wesen des Rechts gehöre." Es wird dabei übersehen, daß jene Definition sämtliche Arten der lex umfassen soll, sowohl die lex humana, als auch die lex aeterna, die lex naturalis und die lex divina. (Ueber diesen Unterschied vgl. unten S. 103 ff.) Daß nun bei der lex aeterna und der ihr wesensgleichen lex naturalis nicht von Zwang die Rede sein kann, leuchtet ohne weiteres ein und würde Thomas daher unrichtig definiert haben, wenn er das Merkmal des Zwanges in jene, sämtliche Arten der lex umfassende Definition aufgenommen hätte.

Die lex humana bezweckt, die Menschen zur Tugend heranzubilden (s. th. 1 II q. 96 a. 2 ad 2) und diesen erzieherischen Zweck verwirklicht sie durch den Zwang. Die hierfür in erster Linie in Betracht kommende Stelle mag hier folgen, weil sie zugleich für das Strafrecht von Wichtigkeit ist, insofern aus ihr erhellt, welche Bedeutung Thomas der bloßen Androhung der Strafe beimißt. Nachdem Thomas nämlich die lex aeterna und die lex naturalis eingehend behandelt hat, geht er zur lex humana über und wirft hier zunächst die Frage auf: Utrum

auch der Private denjenigen, der sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat, in gerechter Weise straft[18]). Nun ist aber der

---

fuerit utile aliquas leges poni ab hominibus?, worauf er antwortet: Respondeo dicendum, quod sicut ex supradictis patet, homini naturaliter inest quaedam aptitudo ad virtutem; sed ipsa virtutis perfectio necesse est, quod homini adveniat per aliquam disciplinam, sicut etiam videmus, quod per aliquam industriam subvenitur homini in suis necessitatibus, puta in cibo et vestitu, quorum initia quaedam habet a natura, scilicet rationem et manus, non autem ipsum complementum, sicut cetera animalia, quibus natura dedit sufficienter tegumentum et cibum. Ad hanc autem disciplinam non de facili invenitur homo sibi sufficiens, quia perfectio virtutis praecipue consistit in retrahendo hominem ab indebitis delectationibus, ad quas praecipue homines sunt proni et maxime iuvenes, circa quos est efficacior disciplina. Et ideo oportet, quod huiusmodi disciplinam, per quam ad virtutem perveniatur, homines ab alio sortiantur. Et quidem, quantum ad illos iuvenes, qui sunt proni ad actus virtutum ex bona dispositione naturae vel consuetudine vel magis divino munere, sufficit disciplina paterna, quae est per monitiones. Sed quia inveniuntur quidam protervi et ad vitia proni, qui verbis de facili moveri non possunt, necessarium fuit, quod per vim vel metum cohiberentur a malo, ut saltem sic malefacere desistentes et aliis quietam vitam redderent et ipsi tandem per huiusmodi assuetudinem ad hoc perducerentur, quod voluntarie facerent, quae prius metu implebant, et sic fierent virtuosi. Huiusmodi autem disciplina cogens metu poenae est disciplina legum. Unde necessarium fuit ad pacem hominum et virtutem, quod leges ponerentur. . . . Diese die Lehre von der lex humana einleitenden Worte ergeben, daß Thomas den Zwang für ein Merkmal des Rechtsbegriffs hält. Um alle Zweifel hieran auszuschließen, sagt er dann später ausdrücklich in s. th. 1 II q. 96 a. 5 c.: lex de sui ratione duo habet: primo quidem, quod est regula humanorum actuum, secundo, quod habet vim coactivam. Hier wird das Merkmal des Zwanges also ausdrücklich zum Begriff — denn das bedeutet ratio — des Rechts gerechnet. Von dem ersten in vorstehender Stelle erwähnten Merkmal geht die unter 1 gegebene Begründung des ausschließlichen staatlichen Strafrechts aus, von dem zweiten die unter 2 gegebene.

Das Moment des Zwanges hat jedoch eine andere Bedeutung für denjenigen, dessen Wille mit dem Gesetz in Einklang steht, und für den gegen die Rechtsordnung sich auflehnenden Verbrecher. Dies bringt

Mensch nicht lediglich ein für sich existierendes Wesen, sondern er gehört zugleich dem Staate an. Dieser verhält sich zu ihm, wie das Ganze zu seinem Teil, und wie der Teil um des Ganzen willen da ist, so ist der einzelne um des Staates willen da[19]. Indem der Private also in die Rechtssphäre jemandes schädigend durch die Strafe eingreift, greift er gleichzeitig schädigend in die Sphäre des Staates ein. Wenn nun auch seine Absicht darauf gerichtet wäre, durch die Strafe das gemeine Wohl zu fördern, so steht doch die Entscheidung darüber, was dem Teil zum Wohl des Ganzen zu entziehen ist, d. h. in diesem Fall, was einem Staatsangehörigen zum Wohle des Staates zu entziehen ist, nur dem Staate zu, weil dieser als Ganzes seinen Teilen übergeordnet ist. So kommt Thomas zu folgenden prinzipiellen Sätzen[20]:

s. th. 2 II q. 64 a. 3 ad 3: Facere aliquid ad utilitatem communem, quod nulli nocet, hoc est licitum cuilibet privatae personae. Sed si sit cum nocumento alterius, hoc non debet fieri nisi secundum iudicium eius, ad quem pertinet aestimare, quid sit subtrahendum partibus pro salute totius.

s. th. 1 II q. 92 a. 2 ad 3: Praemiare potest ad quemlibet

Thomas zum Ausdruck in den an die vorhin zitierte Stelle sich anschließenden Worten: Dupliciter ergo aliquis homo potest esse legi subiectus. Uno modo sicut regulatum regulae et hoc modo omnes illi, qui subduntur potestati, subduntur legi, quam fert potestas.... Alio modo dicitur aliquis subiectus legi sicut coactum cogenti et hoc modo homines virtuosi et iusti non subduntur legi, sed soli mali. Quod enim est coactum et violentum, est contrarium voluntati. Voluntas autem bonorum consonat legi, a qua malorum voluntas discordat, et ideo secundum hoc boni non sunt sub lege, sed soli mali. Vgl. hierzu S. 106.

[18]) Vgl. hierzu s. th. 2 II q. 108 a. 1 c. unten Anm. 22.

[19]) Vgl. hierzu s. th. 2 II q. 64 a. 2 c. unten S. 90. Ferner s. th. 1 II q. 96 a 4 c.: ... Cum ... unus homo sit pars multitudinis, quilibet homo hoc ipsum, quod est et quod habet, est multitudinis, sicut et quaelibet pars id, quod est, est totins.

[20]) Kohler, Zur Lehre von der Blutrache S. 30.

pertinere, sed punire non pertinet nisi ad ministrum legis, cuius auctoritate poena infertur.

Vgl. auch Contra gentiles III c. 140, 1[21]).

Im Widerspruch mit dem Prinzip des ausschließlichen staatlichen Strafrechts scheint s. th. 2 II q. 108 a. 1 c. zu stehen, wo Thomas auf die Frage: utrum vindicatio sit licita eine bejahende Antwort gibt[22]), und eodem a. 2 c., wo er die Vindikation als Tugend bezeichnet. Zum Verständnis dieser Stellen ist auf den Begriff der Vindikation und ihrer Stellung zu der Tugend der Gerechtigkeit näher einzugehen. Die Tugend der Vindikation zählt zu den quasipotentialen

---

[21]) Hier sei übrigens bemerkt, daß Thomas nicht nur die Privatrache, sondern auch die Selbsthilfe durch die gewaltsame oder heimliche Wegnahme seiner eigenen Sache verwirft. Ueber die gewaltsame Wegnahme seiner eigenen Sache sagt er s. th. 2 II q. 66 a. 8 c. . . . Rapina quandam violentiam et coactionem importat, per quam contra iustitiam alicui aufertur, quod suum est. In societate autem hominum nullus habet coactionem nisi per publicam potestatem. Et ideo quicumque per violentiam aliquid alteri aufert, si sit privata persona, non utens publica potestate, illicite agit et rapinam committit. . . . Ueber die heimliche Wegnahme seiner eigenen Sache sagt er s. th. 2 II q. 66 a. 5 ad 3: . . . Qui vero furtim accipit rem suam apud alium iniuste detentam peccat quidem non, quia gravet eum, qui detinet, et ideo non tenetur ad restituendum aliquid vel ad recompensandum, sed peccat contra communem iustitiam, dum ipse sibi usurpat suae rei iudicium iuris ordine praetermisso . . .

[22]) s. th. 2 II q. 108 a. 1 c. Respondeo dicendum, quod vindicatio fit per aliquod poenale inflictum peccanti. Est ergo in vindicatione considerandus vindicantis animus. Si enim eius intentio feratur principaliter in malum illius, de quo vindictam sumit, et ibi quiescat, est omnino illicitum, quia delectari in malo alterius pertinet ad odium, quod charitati repugnat, qua omnes homines debemus diligere. Nec aliquis excusatur, si malum intendat illius, qui sibi iniuste intulit malum, sicut non excusatur aliquis per hoc, quod odit se odientem. . . . Si vero intentio vindicantis feratur principaliter ad aliquod bonum, ad quod pervenitur per poenam peccantis, puta ad emendationem peccantis vel saltem ad cohibitionem eius et quietem aliorum et ad iustitiae conservationem et Dei honorem, potest esse vindicatio licita aliis debitis circumstantiis servatis.

Teilen[23]) der Tugend der Gerechtigkeit oder, wie Thomas sie auch nennt[24]), zu den der Gerechtigkeit annexen Tugenden. Ueber das Verhältnis dieser annexen Tugenden zur prinzipalen Tugend der Gerechtigkeit sagt Thomas s. th. 2 II q. 80 a. 1 c.: In virtutibus, quae adiunguntur alicui principali virtuti, duo sunt consideranda. Primo quidem, quod virtutes illae in aliquo cum principali virtute conveniant, secundo, quod in aliquo deficiant a perfecta ratione ipsius. Quia vero iustitia ad alterum est . . . omnes virtutes, quae ad alterum sunt, possunt ratione convenienti iustitiae annecti. Ratio vero iustitiae consistit in hoc, quod alteri reddat, quod ei debetur secundum aequalitatem. . . . Dupliciter ergo aliqua virtus ad alterum existens a ratione iustitiae deficit. Uno quidem modo, in quantum deficit a ratione aequalis, alio modo, in quantum deficit a ratione debiti. Die Vindikation gehört zu denjenigen Tugenden, die von der Tugend der Gerechtigkeit ratione debiti abweichen. Die Gerechtigkeit hat nämlich das debitum legale, ad quod reddendum aliquis lege adstringitur, zum Gegenstande, während die Vindikation auf das debitum morale, quod aliquis debet ex honestate virtutis, gerichtet ist[25]). Man könnte sie nach dieser Bestimmung als Moralvindikation und ihren Gegensatz, die staatliche Strafgerechtigkeit, als Legalvindikation bezeichnen. Das Verhältnis beider zueinander bestimmt Thomas näher in s. th. 2 II q. 80 a. 1 ad 1: Vindicta, quae fit auctoritate publicae potestatis secundum sententiam iudicis, pertinet ad iustitiam commutativam, sed vindicta, quam quis facit proprio motu, non tamen contra legem, vel quam quis a iudice requirit, pertinet ad virtutem adiunctam. Die Begrenzung, die hier der Moralvindikation

---

[23]) Ueber das Verhältnis der partes subiectivae, partes quasi integrales und partes quasi potentiales einer Tugend zu einander, dessen Auseinandersetzung hier zu weit führen würde, vgl. s. th. 2 II q. 48 a. 1 c.

[24]) pr. u. Ueberschrift von s. th. 2 II q., 80 a. 1.

[25]) eod.

gegeben wird, läßt erkennen, daß durch sie das ausschließliche Strafrecht des Staates nicht berührt wird. Hierauf deuten auch schon die Schlußworte von q. 108 a. 1 c.: aliis debitis circumstantiis servatis, die ihre konkrete Bestimmung in der zuletzt zitierten Stelle finden. Es folgt dies auch aus q. 108 a. 1, obiectio 1 und zugehöriger responsio. Auf den Einwand nämlich: Videtur quod vindicatio non sit licita. Quicumque enim usurpat sibi, quod Dei est, peccat. Sed vindicta pertinet ad Deum. Dicitur enim Deuteron. 32 secundum aliam litteram: Mihi vindictam et ego retribuam. Ergo omnis vindicatio est illicita, antwortet Thomas: Dicendum quod ille, qui secundum gradum sui ordinis vindictam exercet in malos, non usurpat sibi, quod Dei est, sed utitur potestate, sibi divinitus concessa. Dicitur enim ad Romanos 13 de principe terreno, quod Dei minister est, vindex in iram ei, qui male agit. Si autem praeter ordinem divinae institutionis aliquis vindictam exerceat, usurpat sibi, quod Dei est, et ideo peccat.

Indem Thomas die Vindikation als Tugend bezeichnet, bringt er damit gleichzeitig zum Ausdruck, daß eine sittliche Verpflichtung besteht, für die Bestrafung des Verbrechers Sorge zu tragen. Den Charakter der Tugend legt er der Vindikation freilich nicht aus irgendwelchen Rücksichten des Nutzens für die menschliche Gemeinschaft bei, sondern er leitet ihn her aus der angeborenen natürlichen Neigung des Menschen, drohende Schädlichkeiten abzuwehren und gegen erfolgte Schädlichkeiten zu reagieren. Das Moment der Nützlichkeit für das gemeine Wohl kommt zur Sprache, wo er von der Verpflichtung zur Anklage spricht. Eine solche Verpflichtung besteht nur, wenn durch das Verbrechen der Staat geschädigt wird und der Ankläger einen genügenden Beweis der Tat zu erbringen vermag[26]).

---

[26]) s. th. 2 II q. 88 a. 1 c: ... si crimen fuerit tale, quod vergat in detrimentum rei publicae, tenetur homo ad accusationem, dummodo

III. Die Berechtigung der einzelnen Strafen. Die Ausschließlichkeit des staatlichen Strafrechts ergibt sich insbesondere auch aus den im folgenden angeführten Stellen über die Berechtigung der einzelnen Strafen.

1. Die Todesstrafe.

Die Frage, ob die Todesstrafe gerechtfertigt sei, wurde von den Waldensern verneint [27]). Ihre Lehre war auch

---

sufficienter possit probare, quod pertinet ad officium accusatoris, puta, cum peccatum alicuius vergit in multitudinis corruptelam corporalem seu spiritualem. Si autem non fuerit tale peccatum, quod in multitudinem redundet, vel etiam si sufficientem probationem adhibere non possit, non tenetur ad intentandum accusationem, quia ad hoc nullus tenetur, quod non potest debito modo perficere.

[27]) Unter den gegen sie gerichteten Schriften ragt hervor: Contra haereticos libri quatuor (Migne, Patrologia latina Bd. 210, S. 305 ff.), deren zweites Buch gegen die Waldenser gerichtet ist. Diese Schrift wird von einigen dem im 12. Jahrhundert lebenden, als doctor universalis bezeichneten Alanus ab Insulis, von anderen seinem Zeitgenossen, dem Zisterzienser Alanus de Podio zugeschrieben. Die Todesstrafe wird daselbst Kap. 20 ff. eingehend behandelt. Nach Alanus l. c. Buch II, Kap. 20 lehrten die Waldenser in nullo casu et nulla occasione, nulla causae ratione hominem esse occidendum. Die Gründe für und wider die Todesstrafe, die Alanus beibringt, kehren bei Thomas sämtlich wieder und liegt die Vermutung nahe, daß Thomas sich an ihn anschließt, wenn er ihn auch nicht als seine Autorität anführt. (Im obigen sind, wie durchgängig in dieser ganzen Arbeit, die aus der heiligen Schrift entnommenen Gründe und Gegengründe unberücksichtigt gelassen und nur die Vernunftgründe erwogen). Ueber die Lehre der Waldenser vgl. auch Petrus de Vallibus Sarnay, Historia Albigensium cap. 2 in Migne, Patrologia latina Bd. 213, S. 546 ff. Die Lehren der Waldenser wurden wiederholt von der Kirche verworfen, darunter auch ihre Lehre, daß die Todesstrafe unerlaubt sei. So erließ Innozenz III. im Jahre 1210 ein Glaubensbekenntnis, das von den in den Schoß der Kirche zurückkehrenden Waldensern abzuleisten war, in welchem es heißt: De potestate saeculari asserimus, quod sine peccato mortali potest iudicium sanguinis exercere, dummodo ad inferendam vindictam non odio, sed iudicio, non iucaute, sed consulte procedat. (Zitiert nach Denzinger, Enchiridion symbolorum et definitionum, quae de rebus fidei et morum

zu Thomas' Zeiten noch sehr mächtig, und erklärt sich daraus die eingehende Behandlung, welche er dieser Frage widmet.

Auf die Frage, ob es gestattet sei, Verbrecher zu töten, gibt er die Antwort:

s. th. 2 II q. 64 a. 2 c.: ... Omnis ... pars ordinatur ad totum, ut imperfectum ad perfectum. Et ideo omnis pars naturaliter est propter totum. Et propter hoc videmus, quod si saluti totius corporis humani expediat praecisio alicuius membri, puta cum est putridum vel corruptivum aliorum membrorum, laudabiliter et salubriter abscinditur. Quaelibet autem persona singularis comparatur ad totam communitatem, sicut pars ad totum, et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur. ...

Es ist indessen nicht jedem gestattet, den todeswürdigen Verbrecher zu strafen, sondern nur dem Inhaber der Staatsgewalt. Denn s. th. 2 II q. 64 a. 3 c.: ... occidere malefactores licitum est, in quantum ordinatur ad salutem totius communitatis et ideo ad illum solum pertinet, cui committitur cura communitatis conservandae. Sicut ad medicum pertinet, praecidere membrum putridum, cum ei commissa fuerit cura salutis totius corporis. Cura autem communis boni commissa est principibus habentibus publicam auctoritatem et ideo eis solum licet malefactores occidere, non autem privatis personis[28]).

Dieselben Gedanken vertritt Thomas unter ausdrücklicher Hinweisung auf die Gegner der Todesstrafe in schärferer,

---

a conciliis oecumenicis et summis pontificibus emanarunt. Würzburg 1895, 7. Aufl., S. 127.)

[28]) Vgl. Kohler, Zur Lehre von der Blutrache 1885, S. 30.

mehr polemischer Form in seiner der Summa theologica vorangehenden Summa contra gentiles, Lib. III, c. 146:

... Bonum commune melius est quam bonum particulare unius. Subtrahendum est igitur bonum particulare, ut conservetur bonum commune. Vita autem quorundam pestiferorum impedit commune bonum, quod est concordia societatis humanae; subtrahendi igitur sunt huiusmodi homines per mortem ab hominum societate.

Praeterea, sicut medicus in sua operatione intendit sanitatem, quae consistit in ordinata concordia humorum, ita rector civitatis intendit in sua operatione pacem, quae consistit in civium ordinata concordia; medicus autem abscindit membrum putridum bene et utiliter, si per ipsum immineat corruptio corporis. Iuste igitur et absque peccato rector civitatis homines pestiferos occidit, ne pax civitatis turbetur. Es folgen dann eine Reihe von Bibelstellen, die dies bestätigen sollen. Dann heißt es weiter: Per hoc autem excluditur error quorundam dicentium vindictas corporales non licere fieri, qui ad sui fulcimentum erroris inducunt, quod dicitur Exod. 20. Non occides ... Inducunt etiam, quod homo, quamdiu in mundo est, potest in melius transmutari; non ergo est per occisionem subtrahendus a mundo, sed ad poenitentiam reservandus. Haec, autem frivola sunt. Nam in Lege, quae dicit: Non occides, postmodum subditur: Maleficos non patieris vivere. ... Quod vero mali, quamdiu vivunt, emendari possunt, non prohibet, quin iuste possint occidi, quia periculum, quod de eorum vita imminet, est maius et certius, quam bonum, quod de eorum emendatione exspectatur. Habent etiam in ipso mortis articulo facultatem, ut per poenitentiam convertantur ad Deum; quod si adeo sunt, quod etiam in mortis articulo cor eorum a malitia non recedit, satis probabiliter aestimari potest, quod numquam a malitia resipiscant.

Eine spezielle Bestimmung der Verbrechen, welche notwendig mit dem Tode bestraft werden müssen, gibt Thomas meines Wissens nicht. Ebensowenig nimmt er meines Wissens

irgendwo speziell Stellung zu der Frage, ob verschärfte Todesstrafen erlaubt seien[29]).

2. Verstümmelung.

Unter Verstümmelung ist nicht nur die Absetzung eines Gliedes, sondern jeder Eingriff in die Integrität des Leibes mit Ausnahme der Tötung zu verstehen. Ueber die Berechtigung der Verstümmelung als Strafe sagt Thomas:

s. th. 2 II q. 65 a. 1 c.: ... Quia ipse totus homo ordinatur ut ad finem ad totam communitatem, cuius est pars, ut supra dictum est, potest contingere, quod abscisio membri, etsi vergat in detrimentum totius corporis, ordinatur tamen ad bonum communitatis, in quantum alicui infertur in poenam ad cohibitionem peccatorum. Et ideo sicut per publicam potestatem aliquis licite privatur totaliter vita propter aliquas maiores culpas, ita etiam privatur membro propter aliquas culpas minores. Hoc autem non est licitum alicui privatae personae, etiam volente illo, cuius est membrum, quia per hoc fit iniuria communitati, cuius est ipse homo et omnes partes eius.

---

[29]) s. th. 2 II q. 108 a. 2 ad 3 stellt er unter Zugrundelegung der aristotelischen Lehre, daß die Tugend ein Mittleres sei, den Satz auf: vindicationi (d. i. sowohl Moral- wie Legalvindikation) opponuntur duo vitia; nuum quidem per excessum, scilicet peccatum crudelitatis vel saevitiae, quae excedit mensuram in puniendo, aliud autem est vitium, quod consistit in defectu, sicut cum aliquis est nimis remissus in puniendo. Es ist zu beachten, daß Thomas als Zweck der Todesstrafe in der vorhin zitierten Stelle nur die Sicherung der menschlichen Gesellschaft vor dem zu Bestrafenden anführt. Dieser Zweck würde durch die einfache Entziehung des Lebens erreicht und würde sich eine Verschärfung der Todesstrafe, wenn nur dieser Zweck in Frage käme, als Grausamkeit darstellen und also verboten sein. Daß indes Thomas diesen Schluß gezogen hat oder gezogen haben würde, wage ich nicht zu behaupten. Vgl. über die Zwecke der Strafe unten S. 102 ff. insbesondere auch S. 114 Anm., wo der Charakter der Todesstrafe als poena medicinalis auf ihre abschreckende Wirkung, welche meistens die Veranlassung zu ihrer Verschärfung war, gegründet wird.

3. Prügelstrafe.

Ueber ihr Verhältnis zur Verstümmelung sagt Thomas s. th. 2 II q. 65 a. 2 c.: Per verberationem nocumentum, quoddam infertur corpori eius, qui verberatur, aliter tamen, quam in mutilatione. Nam mutilatio tollit corporis integritatem, verberatio vero tantummodo afficit sensum dolore. Unde multo minus nocumentum est, quam mutilatio membri. Da der Staat zur Verstümmelung berechtigt ist, so ist er auch zur Prügelstrafe berechtigt. Es ist indessen dem Privaten untersagt, die Prügelstrafe anzuwenden. Denn, so sagt Thomas weiter, nocumentum autem inferre alicui non licet, nisi per modum poenae propter iustitiam. Nullus autem iuste punit aliquem, nisi sit eius iurisdictioni subiectus, et ideo verberare aliquem non licet, nisi habenti potestatem aliquam super illum, qui verberatur licite. Eine solche Macht haben z. B. außer dem Staat der Vater über sein Kind und der Herr über seinen Sklaven, und beide dürfen deshalb zum Zwecke der Zucht die ihnen Untergebenen durch Prügeln strafen. Es ist ihnen jedoch nicht gestattet, die ihrer Gewalt Unterworfenen zu töten oder zu verstümmeln, vielmehr steht dieses Recht allein dem Staate zu [30]).

4. Freiheitsstrafe.

Auf die Frage, wann die Beschränkung der Freiheit jemandes gestattet sei, gibt Thomas die Antwort: s. th. 2 II q. 65 a. 3 c.: ... Incarcerare aliquem vel qualitercumque detinere est illicitum, nisi fiat secundum ordinem iustitiae aut in poenam aut ad cautelam alicuius mali vitandi.

---

[30]) s. th. 2 II q. 65 a. 2 ad 2: maior potestas maiorem debet habere coactionem. Sicut autem civitas est perfecta communitas, ita princeps civitatis habet perfectam potestatem coercendi, et ideo potest infligere poenas irreparabilis scilicet occisionis vel mutilationis. Pater autem et dominus, qui praesunt familiae domesticae, quae est imperfecta communitas, habent imperfectam potestatem coercendi secundum leviores poenas, quae non inferunt irreparabile nocumentum, et huiusmodi est verberatio.

Ueber die Berechtigung der Freiheitsstrafe sagt er eod. ad 1: Homo qui abutitur potestate sibi data, meretur eam amittere; et ideo homini, qui peccando abusus est libero usu suorum membrorum, conveniens est incarcerationis materia.

Das Recht, die Freiheitsstrafe zu verhängen, steht ebensowenig wie bei den anderen Strafen dem Privaten zu, sondern wie bei der Prügelstrafe nur demjenigen, der eine rechtmäßige Gewalt über den zu Bestrafenden hat, also in erster Linie dem Staat [31]).

5. Die anderen Strafen.

Da das malum corporis eine schwerere Strafe ist als das malum exteriorum rerum [32]), so folgt aus der Berechtigung des Staates, körperliche Strafen zu verhängen, ohne weiteres auch seine Berechtigung, in die Sphäre der äußeren Güter jemandes im Wege der Strafe einzugreifen.

Bei Erwägung der Gründe, die Thomas für die Berechtigung der einzelnen Strafen anführt, kann nicht genug gewarnt werden vor dem argumentum ex silentio, daß er andere Gründe als die dort beigebrachten für die Berechtigung der Strafen nicht habe. Man würde auf diese Weise dazu kommen können, Thomas eine Strafrechtstheorie zuzuschreiben, die ihm völlig fremd ist.

IV. B e g n a d i g u n g. Dem Rechte des Staates zu strafen entspricht das Recht der Begnadigung.

Bei der Frage der Begnadigung geht Thomas von zwei Voraussetzungen aus [33]):

---

[31]) Eodem ad 3, detinere hominem ad horam ab aliquo opere illicito statim perpetrando cuilibet licet sicut cum aliquis detinet aliquem, ne se praecipitet vel ne alium feriat, sed simpliciter (schlechtweg) aliquem includere vel ligare ad eum solum pertinet, qui habet disponere universaliter de actibus et vita alterius, quia per hoc impeditur non solum a malis faciendis, sed etiam a bonis agendis.

[32]) Vgl. oben S. 77. Die Berechtigung folgt auch aus der oben S. 85 Anm. 19 zitierten Stelle: homo hoc ipsum, quod est et q u o d h a b e t, est multitudinis.

[33]) s. th. 2 II q. 67 a. 4 c.: Utrum iudex licite possit poenam

1. Der Richter hat zu urteilen zwischen Ankläger und Angeklagtem.

2. Er urteilt nicht aus eigener Machtvollkommenheit, sondern als Vertreter der Staatsgewalt.

Diesen beiden Voraussetzungen entsprechend ist dem Richter aus zwei Rücksichten verboten, den Schuldigen zu begnadigen:

1. Ex parte accusatoris. Der Ankläger hat nämlich, wenn er zugleich der Verletzte ist, ein Recht darauf, daß der Angeklagte bestraft werde[34].

2. Ex parte rei publicae. Hier ist jedoch zu unterscheiden zwischen den iudices inferiores und dem iudex supremus, d. h. dem Inhaber der Staatsgewalt. Der iudex inferior hat nicht die Macht, dem Verbrecher die Strafe zu erlassen

---

relaxare. Respondeo dicendum, quod, sicut ex dictis patet, duo sunt, quantum ad propositum pertinet, circa iudicem consideranda, quorum unum est, quod ipse habet iudicare inter accusatorem et reum. Aliud autem est, quod ipse non fert iudicii sententiam quasi ex propria, sed quasi ex publica potestate. Duplici ergo ratione impeditur iudex, ne reum a poena absolvere possit. Primo quidem ex parte accusatoris, ad cuius ius quandoque pertinet, ut reus puniatur, puta propter aliquam iniuriam in ipsum commissam, cuius relaxatio non est in arbitrio alicuius iudicis, quia quilibet iudex tenetur ius suum reddere unicuique. Alio modo impeditur ex parte rei publicae, cuius potestate fungitur, ad cuius bonum pertinet, quod malefactores puniantur. Sed tamen quantum ad hoc differt inter inferiores iudices et supremum iudicem, scilicet principem, cui est plenarie potestas publica commissa. Iudex enim inferior non habet potestatem absolvendi reum a poena contra leges a superiore sibi impositas. Unde super illud Joh. 19: „Non haberes adversum me potestatem ullam“, dicit Augustinus: „Talem Deus dederat Pilato potestatem, ut esset sub Caesaris potestate: ne ei omnino liberum esset, accusatum absolvere“. Sed princeps, qui habet plenariam potestatem in re publica, si ille, qui passus est iniuriam, velit eam remittere, poterit reum licite absolvere, si hoc publicae utilitati viderit non esse nocumentum.

[34]) Also nicht immer hat der Ankläger ein solches Recht, sondern nur zuweilen (quandoque) und zwar nur dann, wenn er zugleich der Verletzte ist. Denn puta hebt hier nicht ein einzelnes Beispiel hervor, sondern das einzige Beispiel und ist daher mit „nämlich“ zu übersetzen.

entgegen den vom iudex supremus erlassenen Gesetzen. Diese Macht steht allein dem iudex supremus zu. Aber auch er kann hier nicht nach seinem freien Belieben schalten, sondern er darf den Verbrecher nur begnadigen, wenn

1. der Verletzte damit einverstanden ist[35]) und
2. das Wohl des Staates dadurch nicht gefährdet wird.

Würde er willkürlich bei der Begnadigung verfahren, so würde er damit den Verletzten, dessen Ehre durch die Bestrafung des Verletzenden gewissermaßen wiederhergestellt wird, und das gemeine Wohl, welches fordert, daß die Verbrecher bestraft werden, damit weitere Verbrechen vermieden werden, schädigen[36]).

Jeder Richter soll Gnade walten lassen, aber nicht jeder darf dies im Wege der Begnadigung. Diese ist allein dem supremus iudex vorbehalten, wie dies das corpus des oben angezogenen Artikels ausführt[37]).

---

[35]) Siehe oben Anm. 33.

[36]) Eodem ad 3: iudex, si inordinate poenam remitteret, nocumentum inferret et communitati, cui expedit, ut maleficia puniantur ad hoc, quod peccata vitentur. . . . Nocet etiam personae, cui est illata iniuria, quae recompensationem accipit per quandam restitutionem honoris in poena iniuriantis.

[37]) Bei Untersuchung der Frage: Utrum iudex licite possit poenam relaxare erhebt Thomas den Einwand gegen sich [obiectio prima]: Videtur, quod iudex licite possit poenam relaxare. Dicitur enim Jacob. 2: Iudicium sine misericordia ei, qui non facit misericordiam. Sed nullus punitur propter hoc, quod non facit illud, quod licite facere non potest. Ergo quilibet iudex potest licite misericordiam facere relaxando poenam. Die Responsio hierauf lautet:

Ad primum ergo dicendum, quod misericordia iudicis habet locum in his, quae arbitrio iudicis relinquuntur, in quibus boni viri est, ut sit diminutivus poenarum, sicut Philosophus dicit in 5. Ethic. In his autem, quae sunt determinata secundum legem divinam vel humanam, non est suum misericordiam facere.

Auf Grund dieser Responsio stellt nun Sternberg, Die Begnadigung

Thomas faßt die Begnadigung als einen Akt der Barmherzigkeit auf, der indessen in der Gerechtigkeit seine Begrenzung findet. Bei der Darstellung der Lehre von der Begnadigung bestimmt er lediglich negativ, wann die Begnadigung der Gerechtigkeit widerspricht. Die positive Begründung dafür, wann die Barmherzigkeit und damit auch die Begnadigung angemessen ist, gibt er an anderem Orte[38]), ohne jedoch auf die Begnadigung Bezug zu nehen. Hier interessiert besonders folgende Stelle:

---

bei den Naturrechtslehrern. Berliner Inauguraldissertation. Stuttgart 1899, S. 12 ff., auch abgedruckt in dieser Zeitschrift Bd. XIII, S. 365 ff., als Lehre des Thomas auf, bei absoluten Strafen stehe das Recht der Begnadigung nur dem supremus iudex zu, bei arbiträren Strafen dagegen auch dem iudex inferior. Hierauf ist zu erwidern: Auf die Frage: Utrum iudex licite possit poenam relaxare gibt Thomas im corpus articuli die Antwort, dieses Recht stehe nur dem princeps zu. Den in der obiectio prima aufgestellten Satz: Quilibet iudex potest licite misericordiam facere relaxando poenam verwirft er. Er gibt in der Responsio den ersten Teil des Satzes zu: Quilibet iudex potest licite misericordiam facere, aber er gibt nicht zu, daß jeder Richter dies relaxando poenam d. h. im Wege der Begnadigung dürfe. Gnade walten lassen kann der Richter aber naturgemäß nur da, wo es sich um arbiträre Strafen handelt. Hier soll er sich als ein ἀνὴρ ἐπιεικής beweisen. Das ist der Sinn der Responsio. Thomas bezieht sich in der Responsio auf eine Stelle im 5. Buche der Nikomachischen Ethik. Aus der Zitation läßt sich schließen, daß die Ausführungen, die er zu dieser Stelle in seinem Kommentar macht, auch seine Ansicht wiedergeben. Zur näheren Erläuterung der Responsio und wegen der Bedeutung dieser Worte für die Kriminalphilosophie des Thomas mögen sie hier folgen:

Talis (sc. homo epyiches = ἐπιεικής) non est atribodykayos (sic! soll heißen ἀκριβοδίκαιος), id est diligenter exequens iustitiam ad deterius id est ad puniendum, sicut illi, qui sunt rigidi in puniendo, sed diminuunt (Konstruktionswechsel durch Uebergang vom Singular zum Plural) poenas, quamvis habeant legem adiuvantem ad puniendum. Non enim poenae sunt per se intentae a legislatore, sed quasi medicina quaedam peccatorum. Et ideo epiyches non plus apponit de poena quam sufficiat ad cohibenda peccata (Tom. V der Pariser Ausgabe S. 206 zu Lib. V, Lectio 16).

Ueber die Lehre von der epiicia vgl. das Nähere in s. th. 2 II q. 120.

[38]) Vgl. s. th. I q. 21 und 2 II q. 30.

s. th. 2 II q. 30 a. 1 ad 1: De ratione culpae est, quod sit voluntaria, et quantum ad hoc non habet rationem miserabilis, sed magis rationem puniendi. Sed quia culpa potest esse aliquo modo poena, inquantum scilicet habet aliquid annexum, quod est contra voluntatem peccantis, secundum hoc potest habere rationem miserabilis. Et secundum hoc miseremur et compatimur peccantibus. . . .

Die Unterscheidung der Begnadigung in Begnadigung vor Verurteilung (Abolition) und nach Verurteilung (eigentliche Begnadigung) erwähnt Thomas meines Wissens nicht.

§ 3.

Verbrecher und Strafe.

Dem Strafrecht des Staates steht gegenüber die Strafpflicht des Verbrechers, d. h. seine Pflicht, sich der gerechten Strafe nicht zu entziehen. Diese Pflicht kommt in allgemeiner Form zum Ausdruck in s. th. 1 II q. 87 a. 6 c., wo sie als debitum poenae bezeichnet wird[39]). Sie umfaßt die Pflicht der Wahrheit[40]) und die Pflicht der Duldung der Strafvollstreckung.

1. Die Pflicht der Wahrheit.

Der Verbrecher hat die Pflicht, dem Richter auf seine berechtigten Fragen eine wahrheitsgemäße Antwort zu geben.

---

[39]) s. th. 1 II q. 87 a. 6 c.: . . . Planum . . . est, quod cessante actu peccati, remanet reatus (die Strafwürdigkeit) in omnibus peccatis actualibus. Actus enim peccati facit hominem reum poenae, inquantum transgreditur ordinem divinae iustitiae, ad quem non redit, nisi per quandam recompensationem poenae, quae ad aequalitatem iustitiae reducit, ut scilicet, qui plus voluntati suae indulsit, quam debuit, contra mandadum Dei agens, secundum ordinem divinae iustitiae aliquid contra illud, quod vellet, spontaneus vel invitus, patiatur. Quod etiam in iniuriis hominibus factis observatur, ut per recompensationem poenae reintegretur aequalitas iustitiae. Unde patet, quod cessante actu peccati vel iniuriae illatae adhuc remanet debitum poenae. . . .

[40]) Ich verwende diesen Ausdruck anstatt des sonst vielfach gebräuchlichen Ausdruckes „Geständnispflicht", weil letzterer, wie sich ergeben wird, unzutreffend ist.

Thomas leitet diese Pflicht ab aus der Pflicht des Gehorsams, welchen der Verbrecher dem Richter schuldet[41]). Soweit die Befehlsgewalt des Richters reicht, soweit reicht auch die Pflicht des Gehorsams für den Verbrecher. Nur solange der Richter sich bei seinen Fragen im Rahmen der Rechtsordnung hält, ist daher der Verbrecher zur wahrheitsgemäßen Antwort verpflichtet[42]). Wo das nicht der Fall ist, kann er die Wahrheit verheimlichen, die Unwahrheit aber darf er auch dann nicht sagen[43]). Die Pflicht der Wahrheit geht aber nicht

---

[41]) Vgl. s. th. 2 II q. 67 a. 1 c. am Ende S. 82.

[42]) s. th. 2 II q. 69 a. 1 c. Utrum absque peccato mortali possit accusatus veritatem negare, per quam condemnaretur. Respondeo dicendum, quod quicumque facit contra debitum iustitiae mortaliter peccat, sicut supra dictum est. Pertinet autem ad debitum iustitiae, quod aliquis oboediat suo superiori in his, ad quae ius praelationis se extendit. Iudex autem ut supra dictum est, superior est respectu eius, qui iudicatur. Et ideo ex debito tenetur accusatus iudici veritatem exponere, quam ab eo secundum formam iuris exigit. Et ideo si confiteri noluerit veritatem, quam dicere tenetur vel, si eam mendaciter negaverit, mortaliter peccat. Si vero iudex hoc exquirat, quod non potest secundum ordinem iuris, non tenetur ei accusatus respondere; sed potest vel per appellationem vel aliter licite subterfugere. Mendacium tamen dicere non licet.

[43]) s. th. 2 II q. 69 a. 2 c. Utrum accusato liceat calumniose se defendere. Respondeo dicendum, quod aliud est veritatem tacere, aliud est falsitatem proponere. Quorum primum in aliquo casu licet; non enim aliquis tenetur omnem veritatem confiteri, sed illam solum, quam ab eo potest et debet requirere iudex secundum ordinem iuris: puta cum praecessit infamia super aliquo crimine vel aliqua expressa iudicia apparuerunt vel etiam cum praecessit probatio semiplena. Falsitatem tamen proponere in nullo casu licet alicui. Ad id autem, quod licitum est, potest aliquis procedere vel per vias licitas et fini intento accomodas, quod pertinet ad prudentiam, vel per aliquas vias illicitas et proposito fini incongruas, quod pertinet ad astutiam, quae exercetur per fraudem et dolum, ut ex supradictis patet. Quorum primum est laudabile, secundum vero vitiosum. Sic ergo reo, qui accusatur, licet se defendere, veritatem occultando, quam confiteri non tenetur, per aliquos convenientes modos, puta si non respondeat, ad quae respondere non tenetur. Hoc autem non est calumniose se

so weit, daß der Verbrecher verpflichtet wäre, ein Geständnis abzulegen und so selbst darauf hinzuwirken, daß er bestraft werde[44]), sondern sie besteht für ihn nur bei berechtigten Fragen des Richters[45]).

2. Die Pflicht der Duldung der Strafvollstreckung.

Thomas behandelt diese Pflicht nur in dem engeren Sinne, ob es dem zum Tode verurteilten Verbrecher gestattet sei, sich zu verteidigen, wenn es ihm möglich sei. Er antwortet auf diese Frage, daß der Verbrecher sich nicht verteidigen dürfe, es sei denn, daß die Strafe ungerechterweise über ihn verhängt worden sei. Auch wenn die Todesstrafe ungerechterweise verhängt worden sei, könne es aber unter Umständen Pflicht sein, sie zu dulden, z. B. wenn durch den Widerstand gegen die Strafe eine schwere Störung des Gemeinwesens zu befürchten sei[46]). Da die Todesstrafe alle anderen Strafen übertrifft, so läßt sich unbedenklich diese Antwort auch auf die anderen Strafen ausdehnen.

---

defendere, sed magis prudenter evadere. Non autem licet ei vel falsitatem dicere vel veritatem tacere, quam confiteri tenetur, neque etiam aliquem dolum vel fraudem adhibere, quia fraus et dolus vim mendacii habent; et hoc est calumniose se defendere.

[44]) Vgl. die zuletzt zitierte Stelle und s. th. 2 II q. 69 a. 1 ad 1.

[45]) Sternberg, Die Begnadigung bei den Naturrechtslehrern, S. 12, läßt den hl. Thomas lehren, der Beschuldigte dürfe vor Gericht nach Naturrecht lügen, und, wenn verurteilt, gegen die Strafe sich wehren: Illud enim, ad quod natura inclinat, semper est licitum, quasi de iure naturali existens. Aber das göttliche Gesetz verbiete es und so sei es Sünde. Sternberg übersieht dabei, daß nach Thomas Naturrecht und Sittengesetz identisch sind. Vgl. unten S. 104 ff. Die von Sternberg angeführte Stelle findet sich s. th. 2 II q. 69 a. 4 in der ersten obiectio, welche sich Thomas daselbst macht.

[46]) s. th. 2 II q. 69 a. 4 c. Utrum liceat condemnato ad mortem se defendere si possit. Respondeo dicendum, quod aliquis damnatur ad mortem dupliciter. Uno modo iuste et sic non licet condemnato se defendere. Licitum enim est iudici eum resistentem impugnare. Unde relinquitur, quod ex parte eius sit bellum iniustum. Unde indubitanter peccat. Alio modo condemnatur aliquis iniuste. Et tale iudicium simile

Die Pflicht des Verbrechers, die verhängte Strafe auf sich zu nehmen, geht aber, ähnlich wie bei der Pflicht der Wahrheit, nicht so weit, daß er selbst tätig sein müsse, um die Vollstreckung zu bewirken, sondern er hat nur die Pflicht, die verhängte Strafe zu dulden[47]). Thomas faßt diese Pflicht der Duldung der Strafe so eng, daß er dem zum Tode verurteilten Verbrecher sogar gestattet, aus dem Gefängnis zu entfliehen, weil er dadurch, daß er im Gefängnis bliebe, selbst seinen Tod mit herbeiführe[48]). Ob es im Sinne des hl. Thomas liegt, daß der Verbrecher auch bei anderen Strafen sich der Bestrafung durch die Flucht aus dem Gefängnis entziehen dürfe, wage ich nicht zu beurteilen. Durch jene Einschränkung läuft die Pflicht des Verbrechers, die Strafe zu dulden, darauf hinaus, daß er der Person des Strafenden keinen Widerstand entgegensetzen darf.

Die Pflicht des Verbrechers, die gerechte Strafe zu dulden, schließt auch das Verbot in sich, gegen das Urteil zu appellieren, um den Vollzug der Strafe hinauszuschieben[49]).

---

est violentiae latronum, secundum illud (Ezechiel XXII, 27): „Principes eius in medio illius, quasi lupi rapientes praedam ad effundendum sanguinem". Et ideo sicut licet resistere latronibus, ita licet resistere in tali casu malis principibus, nisi forte propter scandalum vitandum, cum ex hoc aliqua gravis turbatio timeretur.

[47]) s. th. 2 II q. 69 ad 2: nullus ita condemnatur, quod ipse sibi inferat mortem, sed quod ipse mortem patiatur; et ideo non tenetur facere id, unde mors sequatur, quod est manere in loco, unde ducatur ad mortem; tenetur tamen non resistere agenti, quin patiatur, quod iustum est eum pati; sicut etiam si aliquis sit condemnatus, ut fame moriatur, non peccat, si cibum sibi occulte ministratum sumat, quia non sumere esset se ipsum occidere.

[48]) Vgl. die zuletzt zitierte Stelle.

[49]) s. th. 2 II q. 69 a. 3 c. Utrum reo liceat iudicium per appellationem declinare. Respondeo dicendum, quod duplici de causa contingit aliquem appellare. Uno quidem modo confidentia iustae causae, quia videlicet iniuste a iudice gravatur; et sic licitum est appellare; hoc enim est prudenter evadere. ... Alio modo aliquis appellat causa afferendae morae, ne contra eum iusta sententia proferatur; et hoc est calumniose

§ 4.

Die Zwecke der Strafe.

I. Auf die Frage nach dem Grunde der Strafe antwortet Thomas in s. th. 1 II q. 87 a. 1 c.:

Utrum reatus poenae (d. i. die Strafwürdigkeit) sit effectus peccati. Respondeo dicendum, quod ex rebus naturalibus ad res humanas derivatur, ut id, quod contra aliquid insurgit, ab eo detrimentum patiatur. Videmus enim in rebus naturalibus, quod unum contrarium vehementius agit altero contrario superveniente. Propter quod aquae calefactae magis congelantur, ut dicitur in 2 Meteororum. Unde in hominibus hoc ex naturali inclinatione invenitur, ut unusquisque deprimat eum, qui contra ipsum insurgit. Manifestum est autem, quod quaecumque continentur sub aliquo ordine, sunt quodammodo unum in ordine ad principium ordinis. Unde quicquid contra ordinem aliquem insurgit, consequens est, ut ab eo ordine et principe ordinis deprimatur. Cum autem peccatum sit actus inordinatus, manifestum est, quod, quicumque peccat, contra aliquem ordinem agit et ideo ab ipso ordine consequens est quod deprimatur. Unde secundum tres ordines, quibus subditur humana voluntas, triplici poena potest homo puniri. Primo quidem enim subditur humana natura ordini propriae rationis. Secundo ordini exterioris hominis gubernantis vel spiritualiter (geistliche Herrschaft) vel temporaliter (weltliche Herrschaft), politice (weltliche Herrschaft des Staates) seu oeconomice (weltliche Herrschaft des pater familias). Tertio subditur universali ordini divini regiminis. Quilibet autem horum

---

se defendere, quod est illicitum, sicut dictum est. Facit enim iniuriam et iudici, cuius officium impedit, et adversario suo, cuius iustitiam, quantum potest, perturbat. . . .

ordinum per peccatum pervertitur, dum ille, qui peccat, agit et contra rationem et contra legem humanam et contra legem divinam. Unde triplicem poenam incurrit, unam quidem a seipso, quae est conscientiae remorsus, aliam vero ab homine, tertiam vero a Deo.

Zweck der Strafe ist hiernach die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung, Zweck der Bestrafung des Verbrechens im besonderen die Aufrechterhaltung der durch die lex humana begründeten Ordnung.

Zum vollen Verständnis der von Thomas hierfür gegebenen Begründung ist auf seine Lehre vom Gesetz zurückzugreifen.

Das höchste Gesetz ist die lex aeterna. Sie ist identisch mit der göttlichen Vernunft. Die göttliche Vernunft ist nämlich einerseits Urbild des von ihr Geschaffenen, anderseits Leiterin des von ihr Geschaffenen zu dem diesem von ihr bestimmten Ziel; mit anderen Worten, sie ist ordnendes Prinzip einerseits der Weltschöpfung und anderseits der Weltregierung. Die lex aeterna ist nun nichts anderes als die göttliche Vernunft im Sinne der Weltregierung [50]). Von der lex aeterna stammt jedes Gesetz ab [51]).

---

[50]) s. th. 1 II q. 93 a. 1 c. Utrum lex aeterna sit summa ratio in Deo existens. Respondeo dicendum, quod, sicut in quolibet artifice praeexistit ratio eorum, quae constituuntur per artem, ita etiam in quolibet gubernante oportet, quod praeexistat ratio ordinis eorum, quae agenda sunt per eos, qui gubernationi subduntur. Et sicut ratio rerum fiendarum per artem vocatur ars vel exemplar rerum artificiatarum, ita etiam ratio gubernantis actus subditorum rationem legis obtinet, servatis aliis, quae supra esse diximus de legis ratione. Deus autem per suam sapientiam conditor est universarum rerum, ad quas comparatur sicut artifex ad artificiata, ut in primo habitum est. Unde sicut ratio divinae sapientiae, inquantum per eam cuncta sunt creata, rationem habet artis vel exemplaris vel ideae, ita ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem, obtinet rationem legis et secundum hoc lex aeterna

Der lex aeterna wesensgleich ist die lex naturalis, die nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali

---

nihil aliud est, quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum.

Haring o. c. S. 20 übersetzt in der oben S. 83 Anm. wiedergegebenen thomistischen Definition des Gesetzes rationis ordinatio mit „Anordnung für die Vernunft“ anstatt „Anordnung der Vernunft“. Damit wird der Sinn der Rechtsphilosophie des hl. Thomas völlig verkehrt. Jene Definition umfaßt, wie Haring selbst zugibt, auch die lex aeterna. Diese aber wird von Thomas schlechtweg in der zitierten Stelle als ratio bezeichnet. Wäre ferner rationis ordinatio „Anordnung für die Vernunft“, so wäre die lex aeterna keine wahre lex; denn ihr unterliegen gemäß s. th. 1 II q. 93 a. 4 und 5 auch die irrationalen Kreaturen. Dazu kommt, daß Thomas das Gesetz wiederholt einfach ratio nennt. So sagt er S. contra gentiles l. III, c. 114: lex nihil aliud . . . quam ratio operis; ferner s. th. q. 91 a. 3 c.: lex est quoddam dictamen practicae rationis; ferner nennt er s. th. 1 II q. 90 a. 1 c. das Gesetz quaedam regula et mensura actuum und bezeichnet die regula et mensura actuum humanorum als ratio, identifiziert also lex und ratio. Nicht an die Vernunft wendet sich das Gesetz (insofern es für die Menschen gegeben ist), sondern an den Willen.

[51]) s. th. 1 II q. 93 a. 3 c. Utrum omnis lex a lege aeterna derivetur. Respondeo dicendum, quod . . . lex importat rationem quandam directivam actuum ad finem. In omnibus autem moventibus ordinatis oportet, quod virtus secundi moventis derivetur a virtute moventis primo, quia movens secundum non movet, nisi inquantum movetur a primo. Unde in omnibus gubernantibus idem videmus, quod ratio gubernationis a primo gubernante ad secundos derivatur, sicut ratio eorum, quae sunt agenda in civitate derivatur a rege per praeceptum in inferiores administratores. Et in artificialibus etiam ratio artificialium actuum derivatur ab architectore ad inferiores artifices, qui manu operantur. Cum ergo lex aeterna sit ratio gubernationis in supremo gubernante, necesse est, quod omnes rationes gubernationis, quae sunt in inferioribus gubernantibus a lege aeterna deriventur. Huiusmodi autem rationes inferiorum gubernantium sunt quaecumque aliae leges praeter aeternam. Unde omnes leges, inquantum participant de ratione recta intantum derivantur a lege aeterna . . . Darin, daß alle Gesetze in Gott ihren Ursprung haben, stimmt Stahl in seiner Rechtsphilosophie mit Thomas überein. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß Stahl vorwiegend das Moment der Positivität betont, während Thomas den Schwerpunkt des Gesetzes in die Vernunft legt.

creatura [52]). Diese ist die unmittelbare Wurzel der lex humana. Sie ist identisch mit der praktischen Vernunft des Menschen. Wie uns indessen die theoretische Vernunft nur die allgemeinen und unbeweisbaren Prinzipien des Erkennens gibt, so gibt uns die praktische Vernunft nur die allgemeinen und unbeweisbaren Prinzipien des Handelns; und wie die Erkenntnis dessen, was ist, uns nicht von Natur gegeben ist, sondern durch die Bemühungen der theoretischen Vernunft aufgedeckt werden soll, so ist uns auch die Erkenntnis dessen, was wir tun sollen, um unsere Bestimmung zu erreichen, nicht von Natur gegeben, sondern es bedarf dazu der Bemühungen der praktischen Vernunft. Die auf diese Weise gefundenen Sätze heißen leges humanae, sofern sie außerdem zum allgemeinen Wohl von demjenigen, welchem die Sorge für das gemeine Wohl obliegt, promulgiert sind [53]). Nur insofern ein Gesetz der Vernunft entspricht, hat es seinen Ursprung in der lex naturalis und damit auch in der ihr wesensgleichen lex aeterna, insofern es jedoch der Vernunft widerspricht, ist es in Wahrheit kein Gesetz, sondern vielmehr ein Umsturz des Gesetzes [54]).

---

[52]) s. th. 1 II q. 91 a. 2 c. Vgl. ferner 1 II q. 94.

[53]) s. th. 1 II q. 91 a. 3 c. in Verbindung mit 1 II q. 90.

[54]) s. th. 1 II q. 95 a. 2 c. Utrum omnis lex humanitus posita a lege naturali derivetur. Respondeo dicendum, quod, sicut Augustinus dicit in 1 de libero arbitrio: Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit; unde inquantum habet de iustitia, in tantum habet de virtute legis. In rebus autem humanis dicitur esse aliquid iustum ex eo, quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae, ut ex supradictis patet; unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. *Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio.*

Ferner s. th. 1 II q. 93 a. 3 ad 2: lex humana intantum habet rationem legis, inquantum est secundum rationem rectam, et secundum hoc manifestum est, quod a lege aeterna derivatur. Inquantum vero a ratione recedit, sic dicitur *lex iniqua et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam.* Et tamen in ipsa lege

Damit der Wille seine Bestimmung erfülle, muß er sich der Vernunft und also, da das Gesetz Vernunft ist, dem Gesetz unterwerfen [55]). Indem der Wille sich dem Gesetze unterwirft, gehorcht er also in Wahrheit seiner Vernunft und damit seiner wahren Natur, sich selbst, ist also in Wahrheit frei. Denn nicht der besondere Wille, die Willkür, die schrankenlose Möglichkeit, zu tun und zu lassen, was man will, macht die wahre Freiheit des Willens aus, sondern der Wille ist nur insofern wahrhaft frei, als er allgemeiner, der Vernunft gehorchender Wille ist [56]).

---

iniqua, inquantum servatur aliquid de similitudine legis propter ordinem potestatis eius, qui legem fecit, secundum hoc etiam derivatur a lege aeterna. Omnis enim potestas a Domino Deo est ut dicitur Rom. 13.

Vgl. auch s. th. 1 II q. 96 a. 4 c.

Ueber die Art, wie die menschlichen Gesetze mit der lex naturalis zusammenhängen, sagt Thomas im Anschluß an die zuerst zitierte Stelle: Sed sciendum est, quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari. Uno modo sicut conclusiones ex principiis, alio modo sicut determinationes quaedam aliquorum communium. Primus quidem modus similis est ei, quo in scientiis ex principiis conclusiones demonstrativae producuntur. Secundo vero modo simile est, quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale, sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram. Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum, sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam, derivari potest ab eo quod est nulli esse faciendum malum. Quaedam vero per modum determinationis, sicut lex naturae habet, quod ille, qui peccat, puniatur, sed quod tali poena vel tali punitur, hoc est quaedam determinatio legis naturae. Utraque igitur inveniuntur in lege humana posita: sed ea, quae sunt primi modi, continentur in lege humana non tamquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali; sed ea, quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent.

[55]) s. th. 1 II q. 96 a. 4 c.

[56]) s. th. 2 II q. 183 a. 4 c.: . . . Invenitur . . . in rebus spiritualibus duplex servitus et duplex libertas. Una quidem est servitus peccati, altera vero est servitus iustitiae. Similiter etiam est duplex libertas. Una

In dem Verbrechen lehnt sich der besondere Wille, die Willkür, gegen die Vernunft des Gesetzes auf. Der Mensch setzt sich dadurch zugleich in Widerspruch mit seiner eigenen Vernunft, wie sie sich in der ihm eingeborenen lex naturalis kundgibt, weil die von ihm verletzte lex humana aus dieser ihren Ursprung nimmt, und mit der lex aeterna, weil diese der lex naturalis wesensgleich ist. Sein besonderer Wille negiert die vernünftige Ordnung der lex humana, und weil er sie negiert, wird er seinerseits von dieser negiert durch die Strafe. Die Strafe ist aber die Negation des Verbrechens,

---

quidem a peccato, alia vero a iustitia...: Est autem servitus peccati vel iustitiae, cum aliquis ex habitu peccati ad malum inclinatur vel ex habitu iustitiae inclinatur ad bonum. Similiter etiam libertas a peccato est, cum aliquis ab inclinatione peccati non superatur. Libertas autem a iustitia est, cum aliquis propter amorem iustitiae non retardatur a malo. Verumtamen quia homo secundum naturalem rationem ad iustitiam inclinatur, peccatum autem est contra naturalem rationem, consequens est, quod libertas a peccato sit vera libertas, quae coniungitur servituti iustitiae, quia per utrumque tendit homo in id, quod est conveniens sibi. Et similiter vera servitus est servitus peccati, cui coniungitur libertas a iustitia, quia scilicet per hoc homo impeditur ab eo, quod est proprium sibi.... Vgl. auch s. th. I q. 62 a. 8 ad 3: Liberum arbitrium sic se habet ad eligendum ea, quae sunt ad finem, sicut se habet intellectus ad conclusiones. Manifestum est autem, quod ad virtutem intellectus pertinet, ut in diversas conclusiones procedere possit secundum principia data; sed quod in aliquam conclusionem procedat praetermittendo ordinem principiorum, hoc est ex defectu ipsius. Unde quod liberum arbitrium diversa eligere possit servato ordine finis, hoc pertinet ad perfectionem libertatis eius; sed quod eligat aliquid divertendo ab ordine finis, quod est peccare, hoc pertinet ad defectum libertatis. Unde maior libertas arbitrii est in angelis, qui peccare non possunt, quam in nobis, qui peccare possumus. Vgl. auch die oben S. 85, Anm. 17 zitierte Stelle s. th. 1 II q. 96 a. 5 c. Stahl, Geschichte der Rechtsphilosophie. 3. Auflage. Heidelberg 1856, S. 62 sagt von Dante: „Er unterscheidet schon, wie Kant, die Willensfreiheit von der Willkür“. Es hat sich hier gezeigt, daß diese Unterscheidung auch dem Lehrer Dantes nicht fremd ist. [Vgl. die wunderbaren Stellen bei Dante, Purgat. XVI, 67 f., Parad. IV, 73 f. Kohler.]

weil das Verbrechen dem besonderen Willen gemäß ist, während die Strafe ihrem Wesen nach dem besonderen Willen widerspricht[57]. So folgt die Notwendigkeit der Strafe aus

[57]) Die Qualität von culpa und poena als Negationen hoffe ich später darlegen zu können. In Betracht kommen hier hauptsächlich s. th. I q. 48 ff. und das Opusculum de malo Bd. XII der Pariser Ausgabe. Aus letzterem Werke hebe ich hier die Begriffsbestimmung der Strafe und ihr Verhältnis zur Schuld hervor:

De malo q. 1 a. 1 c.: Sunt... tria de ratione poenae: a) Quorum unum est, quod habeat respectum ad culpam. Dicitur enim proprie aliquis puniri, quando patitur malum pro aliquo quod commisit. Habet autem hoc traditio fidei, quod nullum nocumentum creatura rationalis potuisset incurrere neque quantum ad animam neque quantum ad aliqua exteriora nisi peccato praecedente vel in persona vel saltem in natura. Et sic sequitur, quod omnis talis boni privatio, quo uti quis potest ad bene operandum in hominibus, poena dicitur et pari ratione in angelis. Et sic omne malum rationalis creaturae vel sub culpa vel sub poena continetur.

b) Secundum vero, quod pertinet ad rationem poenae, est, quod voluntati repugnet. Voluntas enim uniuscuiusque inclinationem habet in proprium bonum. Unde privari proprio bono voluntati repugnat....

c) Tertium vero esse videtur de ratione poenae, ut in quadam passione consistat. Ea enim, quae contra voluntatem eveniunt, non sunt a principio intrinseco, quod est voluntas, sed a principio extrinseco, cuius effectus passio dicitur.

Sic ergo tripliciter poena et culpa differunt:

a) Primo quidem, quia culpa est malum ipsius actionis, poena autem est malum agentis. Sed haec duo mala aliter ordinantur in naturalibus et voluntariis. Nam in naturalibus ex malo agentis sequitur malum actionis, sicut ex tibia curva sequitur claudicatio. In voluntariis autem e converso ex malo actionis, quod est culpa, sequitur malum agentis, quod est poena divina providentia culpam per poenam ordinante.

b) Secundo modo differt poena a culpa per hoc, quod est secundum voluntatem et contra voluntatem esse....

c) Tertio vero per hoc, quod culpa est in agendo, poena vero in patiendo, ut patet per Augustinum in primo De libero arbitrio, ubi culpam nominat malum, quod agimus, poenam vero malum, quod patimur.

dem Begriff der gesetzlichen Ordnung und des Verbrechens selbst.

II. Die poena retributiva. Die gemeine Erfahrung spricht sich dahin aus, daß das Verbrechen bestraft werden muß. Sie spricht sich weiter dahin aus, daß Gleiches mit Gleichem vergolten werden soll. Unter I ist die von Thomas für jenen ersten Satz gegebene Begründung dargestellt worden. Es hat sich dort gezeigt, daß Thomas den Grund der Strafe nicht in dem Verbrechen als äußerer Handlung sieht, sondern lediglich in dem Verbrechen als innerer Handlung, als inordinata actio voluntatis, und daß ferner der Grund der Strafe nicht in äußeren Rücksichten der Nützlichkeit zu suchen ist, sondern notwendig in dem Wesen der Rechtsordnung und des Verbrechens beschlossen ist. Hierin liegt aber weiter auch die Forderung beschlossen, daß die verbrecherische actio und die von der verletzten Rechtsordnung deshalb zugefügte passio im Verhältnis der Gleichheit stehen, daß dem Verbrecher so viel contra suam voluntatem geschehe, als er secundum suam voluntatem gehandelt hat, daß also die Strafe Wiedervergeltung sei [58]; denn so weit die passio hinter der actio zurückbliebe, würde der reatus poenae bestehen bleiben [59].

Ueber die Wiedervergeltung, contrapassum [60]), sagt Thomas:

s. th. 2 II q. 61 a. 4 c.: Hoc, quod dicitur

---

[58]) Die Wiedervergeltung ist Maßprinzip, aber nicht „Rechtsgrund der Strafe". Letztere Ansicht legt Dr. H. Seeger (Die Strafrechtstheorien Kants und seiner Nachfolger im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie. Festgabe der Tübinger Juristenfakultät für Berner, Tübingen 1892, S. 21) Kant bei; m. E. mit Unrecht.

[59]) s. th. II 2 q. 63 a. 4 c.: Iudicium est actus iusticiae, prout iudex ad aequalitatem iustitiae reducit ea, quae inaequalitatem oppositam facere possunt.

Ferner s. th. 1 II q. 87 a. 6 c. oben S. 98, Anm. 39.

[60]) Das ἀντιπεπονθός des Aristoteles. Vgl. dessen Nikomachische Ethik Buch 5, Kapitel 5.

contrapassum importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem.

1. Quod quidem propriissime dicitur in passionibus et actionibus iniuriosis, quibus aliquis personam proximi laedit, puta, si percutit, quod repercutiatur. Et hoc quidem iustum determinatur in lege Exod. 21: Reddet animam pro anima, oculum pro oculo etc.

2. Et quia etiam auferre rem alterius est quoddam iniustum facere, ideo secundario etiam in his dicitur contrapassum, prout scilicet aliquis, qui damnum intulit, in re sua etiam ipse damnificetur. . . .

3. Tertio vero transfertur nomen contrapassi ad voluntarias commutationes, in quibus utriusque est actio et passio; sed voluntarium diminuit de ratione passionis. . . .

In omnibus autem his debet fieri secundum rationem iustitiae commutativae recompensatio secundum aequalitatem, ut scilicet passio recompensata sit aequalis actioni.

Das contrapassum im eigentlichen Sinne begreift nur die unter 1 und 2 genannten Fälle in sich. Bei den unter 3 genannten Geschäften kann man von contrapassum nur im übertragenen Sinne sprechen (transfertur). Für alle drei Fälle stellt Thomas in dem letzten Satze das Prinzip auf, daß Gleiches mit Gleichem zu vergelten ist[61]).

---

[61]) Vgl. auch Contra gentiles III c., 145, 1: Poena debet proportionaliter culpae respondere. Thomas faßt die Strafe als Akt der kommutativen Gerechtigkeit auf, s. th. 2 II q. 61 a. 4 c.: In distributiva autem iustitia locum non habet [sc. contrapassum], quia in distributiva iustitia non attenditur aequalitas secundum proportionem rei ad rem, vel passionis ad actionem, unde dicitur contrapassum, sed secundum proportionalitatem rerum ad personas, ut supra dictum est. Vgl. auch s. th. 2 II q. 108 a. 2 ad 1 und s. th. 2 II q. 80 a. 1 ad 1 oben S. 87. Thomas ist der Ansicht, daß dies auch die Lehre des Aristoteles sei. Vgl. seinen Kommentar zur Nikomachischen Ethik zu Buch 5, Kapitel 5. Lasson, System der Rechtsphilosophie. Berlin 1882. S. 59 vertritt die

Es fragt sich nun weiter, was das Gleiche hier sei. Hierauf antwortet Thomas im Anschluß an die vorhin zitierten Worte:

Non autem semper esset aequalis (sc. passio recompensata actioni) si idem specie aliquis pateretur, quod fecit.

1. Nam primo quidem cum aliquis iniuriose laedit alterius personam maiorem, maior est actio, quam passio eiusdem speciei, quam ipse pateretur. Et ideo ille, qui percutit principem non solum repercutitur, sed multo gravius punitur.

2. Similiter etiam cum quis aliquem involuntarium in re sua damnificat, maior est actio quam esset passio, si sibi sola res illa auferretur; quia ipse, qui damnificavit alium in re sua, nihil damnificaretur. Et ideo punitur in hoc, quod multiplicius restituat, quia etiam non solum damnificavit personam privatam, sed rem publicam, eius tutelae securitatem infringendo.

3. Similiter etiam nec in commutationibus voluntariis esset semper aequalis passio, si quis daret rem suam accipiens rem alterius, quia forte res alterius est multo maior quam sua. Et ideo oportet secundum quandam proportionatam commensurationem adaequare passionem actioni in commutationibus, ad quod inventa sunt numismata.

Et sic contrapassum est commutativum iustum.

In dem ersten Satze ist das Prinzip zum Ausdruck gebracht, daß das Verbrechen nicht nach seiner äußeren Erscheinung die Höhe der Strafe bestimme, sondern daß es bei Aufstellung der Proportion der Gleichheit nach seinem Werte[62]) in Betracht kommt.

Ansicht, daß nach Aristoteles die Strafe ein Akt der distributiven Gerechtigkeit sei.

[62]) Ich wähle diesen Ausdruck in Anlehnung an Nr. 3 der zitierten Stelle. Die Darlegung dessen, was den Wert der Handlung ausmacht, gehört in die Lehre von der Schuld. In Betracht kommen hier insbesondere s. th. 1 II q. 18 u. 20.

Man hat sich daran gewöhnt, in Kant den gewichtigsten Vertreter

Dies wird dann im folgenden durch Beispiele näher erläutert.

Die graduelle Verschiedenheit der Verbrechen fordert eine graduelle Verschiedenheit der Strafen, damit die Gleichheit wiederhergestellt werden kann [63]).

III. Die poena medicinalis. Letzter Zweck der Strafe ist, wie unter I dargelegt worden ist, die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung. Das Mittel dazu ist die Wiedervergeltung. Dieses Mittel kann seinerseits wieder als näherer Zweck der Strafe gefaßt werden, und zwar nimmt dieser Zweck, insofern er notwendig ist zur Erreichung des letzten Zweckes, an dem absoluten Charakter des letzten

---

der Wiedervergeltung zu erblicken. Ohne nun der Auktorität Kants zu nahe treten zu wollen, und ohne insbesondere seine großen Verdienste um die Ethik verkennen zu wollen, muß man sagen, daß die Formulierung, die er für die Wiedervergeltung gibt, eine sehr unglückliche ist und daß sie sich mit der thomistischen Formulierung nicht im entferntesten vergleichen kann. Er, der wie kein anderer vor ihm das Moment der Innerlichkeit in der Ethik betont hat, haftet in seiner Lehre von der Wiedervergeltung (cfr. Anhang erläuternder Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre Nr. 5) allzu sehr an der äußeren Erscheinung des Verbrechens. Die Schwäche seiner Formulierung hat nicht wenig dazu beigetragen, die Idee der Wiedervergeltung in Verruf zu bringen, indem man glaubte, mit der Widerlegung der Kantschen Formulierung auch die Idee der Wiedervergeltung widerlegt zu haben. Es ist das Verdienst Hegels, hier neue Klarheit gebracht zu haben. [Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts §§ 99 ff.] Seine Strafrechtsphilosophie weist überhaupt die größte Aehnlichkeit mit der thomistischen auf. [Vgl. Kohler, Wesen der Strafe S. 5. Kohler.]

[63]) Contra gentiles III, c. 142, 1: Cum autem divina iustitia id exigat, quod ad aequalitatem in rebus servandam pro culpis poenae reddantur et pro bonis actibus praemia, oportet, si est gradus in virtuosis actibus et in peccatis, ut ostensum est, quod sit etiam gradus praemiarum et poenarum; aliter enim non servaretur aequalitas, si non plus peccanti maior poena aut melius agenti maius praemium redderetur. Eiusdem enim rationis esse videtur, quod differenter retribuatur secundum differentiam boni et mali et secundum differentiam boni et melioris vel mali et peioris.

Zweckes teil. Neben dem absoluten Zwecke der Wiedervergeltung verfolgt die Strafe jedoch noch eine Reihe von relativen Zwecken.

Diese relativen Zwecke der Strafe faßt Thomas unter dem Namen der poena medicinalis zusammen. Der Gegensatz der poena retributiva und der poena medicinalis kommt in folgender Stelle zum Ausdruck:

s. th. 2 II q. 108 a. 4 c.: Poena dupliciter potest considerari. Uno modo secundum rationem poenae et secundum hoc poena non debetur nisi peccato, quia per poenam reparatur aequalitas iustitiae, inquantum ille, qui nimis secutus est suam voluntatem, aliquid contra suam voluntatem patitur. Unde cum omne peccatum sit voluntarium etiam originale, ut supra habitum est, consequens est, quod nullus punitur hoc modo nisi pro eo, quod voluntarie factum est. Alio modo potest considerari poena, inquantum est medicina non solum sanativa peccati praeteriti, sed etiam praeservativa a peccato futuro vel etiam promotiva in aliquod bonum. Et secundum hoc aliquis interdum punitur sine culpa, non tamen sine causa. Sciendum tamen, quod numquam medicina subtrahit maius bonum, ut promoveat minus bonum, sicut medicina carnalis numquam caecat oculum, ut sanet calcaneum. Quandoque tamen infert nocumentum in minoribus, ut melioribus auxilium praestet. . . .

Ferner in der ersten Darstellung seines Systems, dem Kommentar zu den Sentenzen des Petrus Lombardus, Lib. IV, Dist. XV, q. 1, a. 1, sol. q. 3 (Pariser Ausgabe Bd. X, S. 245):

. . . iustitia non ad hoc tantum tendit, ut inaequalitatem praecedentem auferat puniendo culpam praeteritam, sed ut in futurum aequalitatem custodiat, quia secundum Philosophum in 2 Ethic. poenae medicinae sunt. Unde et satisfactio, quae est iustitiae actus poenam inferentis, est medicina curans peccata praeterita et praeservans a futuris.

Die Strafe ist nach der eingangs zitierten Stelle medicina in dreifachem Sinne:

1. medicina sanativa peccati praeteriti;
2. medicina praeservativa a peccato futuro;
3. medicina promotiva in aliquod bonum.

Die Eigenschaft der Strafe, medicina zu sein, ist, da sie allen Strafen zukommt, ein wesentliches Merkmal der Strafe. Sie ist indessen nach Thomas kein konstitutiv-wesentliches Merkmal der Strafe, sondern nur ein konsekutiv-wesentliches Merkmal derselben. Dies erhellt einmal aus der, meines Erachtens erschöpfend gedachten, Aufzählung der begrifflichen Merkmale der Strafe, wie sie oben (S. 100, Anmerkung) gegeben worden ist. Dies folgt ferner aus der eingangs zitierten Stelle, wo der Gegensatz von poena retributiva und poena medicinalis gefaßt wird als poena secundum rationem poenae und poena inquantum est medicina. Es ist indessen nicht jede Strafe immer medicina in dem erwähnten dreifachen Sinne.

Als medicina sanativa peccati praeteriti ist die Strafe auf die Vergangenheit, als medicina praeservativa a peccato futuro und als medicina promotiva in aliquod bonum ist sie auf die Zukunft gerichtet.

Die Strafe als medicina sanativa peccati praeteriti ist zunächst bestimmt, die Wunde zu heilen, die der Verbrecher seiner Seele durch die Straftat zugefügt hat. Die verderbliche Wirkung der Straftat bleibt aber nicht bei dem Verbrecher stehen, sondern sie geht gleich einer ansteckenden Krankheit auch auf andere über, insofern diese daran Aergernis nehmen d. h. im Guten wankend werden [64]). Die an dem

---

[64]) Scandalum passivum. Näheres über diesen Begriff s. th. 2 II q. 43. Dieser Begriff des Aergernisnehmens ist nicht zu verwechseln mit dem Begriff des Aegernisnehmens im Sinne des Strafgesetzbuchs §§ 166, 183 und 360 Ziffer 13. Das Aergernisnehmen im letzteren Sinne fällt bei Thomas unter den Begriff der ira per zelum, die auch als ira virtuosa von ihm bezeichnet wird. Vgl. s. th. 2 II q. 158 a 1 u. 2.

Verbrecher vollzogene Strafe wirkt auch auf diese heilend ein, indem sie dadurch wieder aufgerichtet werden im Guten [65]).

Jede Strafe ist medicina sanativa in Hinsicht auf den Verbrecher, aber nicht jede ist dies auch in Hinsicht auf andere, da es nicht notwendig ist, daß andere Aergernis nehmen an der Straftat.

Die Eigenschaften der Strafe als medicina praeservativa a peccato futuro und als medicina promotiva in aliquod bonum gehören begrifflich zusammen [66]). Auf diese innere Zusammengehörigkeit beider Eigenschaften der Strafe ist es auch zurückzuführen, wenn Thomas in der oben zitierten Stelle seines Kommentars zum Lombarden anstatt der Dreiteilung der Strafe als medicina nur eine Zweiteilung in medicina curans peccata praeterita et praeservans a futuris gibt.

Die Strafe ist medicina praeservativa a peccato futuro, insofern sie abschreckt; sie ist medicina promotiva in aliquod bonum, insofern sie bessert [67]). Sie hat diese Eigenschaften zunächst für den Verbrecher. Indessen macht die Todesstrafe hier eine Ausnahme [68]). Sie hat

---

[65]) s. th. 1 II q. 87 a. 6 ad 3: Remota macula sanatum est vuluus peccati quantum ad voluntatem. Requiritur autem adhuc poena ad sanationem aliarum virium animae, quae per peccatum praecedens deordinatae fuerunt, ut scilicet per contraria curentur. Requiritur etiam ad restituendum aequalitatem iustitiae et ad amovendum scandalum aliorum, ut aedificentur in poena, qui sunt scandalizati culpa, ut patet ex exemplo de David inducto.

[66]) s. th. 2 II q. 33 a. 1 c.: Removere ... malum alicuius eiusdem rationis est, sicut bonum eius procurare.

[67]) Diese Zwecke kommen, abgesehen von einigen oben für die Berechtigung der einzelnen Strafen zitierten Stellen, unter anderem vor in s. th. 2 II q. 108 a. 3 c., eod. 3 ad 3, 2 II q. 33 a. 1 c., eod. a. 3 c., eod. 6 c.

[68]) s. th. 1 II q. 87 a. 3 ad 2: poena, quae etiam secundum leges humanas infligitur, non semper est medicinalis ei, qui punitur, sed solum aliis, sicut cum latro suspenditur, non ut ipse emendetur, sed propter alios, ut saltem metu poenae peccare desistant.... Thomas hat hier offenbar nur die Strafe als medicina praeservativa a peccato futuro und

diese Eigenschaften ferner für die anderen. In dieser Hinsicht ist sie nicht zu verwechseln mit der Strafe als medicina sanativa peccati praeteriti für andere; denn diese ist, wie erwähnt, auf die Vergangenheit gerichtet, jene auf die Zukunft, und diese wendet sich bloß gegen diejenigen, die durch die Straftat im Guten wankend geworden sind, jene auch an diejenigen, die durch die Straftat nicht vom Guten abgelenkt worden sind.

Thomas stellt nun über die bei der menschlichen Strafe zu verfolgenden Zwecke folgende Sätze auf:

s. th. 2 II q. 68 a. 1 c.: Sicut supra dictum est, haec est differentia inter denuntiationem et accusationem, quia in denuntiatione attenditur emendatio fratris, in accusatione autem attenditur punitio criminis. Poenae autem praesentis vitae non per se expetuntur, quia non est hic ultimum retributionis tempus, sed inquantum sunt medicinales conferentes vel ad emendationem personae peccantis vel ad bonum rei publicae, cuius quies procuratur per punitionem peccantium, quorum primum intenditur in denuntiatione, ut dictum est, secundum autem proprie pertinet ad accusationem.

s. th. 2 II q. 66 a. 6 ad 2: Poenae praesentis vitae magis sunt medicinales quam retributivae. Retributio enim reservatur divino iudicio, quod est secundum veritatem in peccantes. . . .

s. th. 2 II q. 39 a. 4 ad 3: Poenae praesentis vitae sunt medicinales et ideo, quando una poena non sufficit ad coercendum hominem, superadditur altera.

Contra gentiles III, c. 144, 5: Poenae . . . humanis legibus inferuntur ad emendationem vitiorum. Unde sicut medicinae quaedam sunt.

Vgl. auch s. th. 2 II q. 108 a. 3 ad 2.

Ferner oben S. 97, Anmerkung.

---

als medicina promotiva in aliquod bonum, nicht dagegen als medicina sanativa peccati praeteriti im Sinne. Als solche ist sie auch für den zum Tode Verurteilten heilsam.

Diese Stellen ergeben, daß Thomas die Zwecke, welche in dem Begriff der Strafe als medicina beschlossen sind, für die menschliche Strafe [69]) als Hauptzwecke ansieht, d. h. als Zwecke, die stets bei der Bestrafung ins Auge zu fassen sind. Sie sind dies aber keineswegs in dem Sinne, daß sie die Strafe im Sinne der Wiedervergeltung ausschlössen. Dies folgt zur Genüge aus den oben über die Wiedervergeltung zitierten Stellen. Darauf deutet auch schon die vorstehend zitierte Stelle s. th. 2 II q. 66 a. 6 ad 2 hin, wo es heißt, daß die menschlichen Strafen magis medicinales seien. Darauf führt außerdem auch die Erwägung, daß die unter dem Begriff der Strafe als medicina fallenden Zwecke dann am wirksamsten erreicht werden, wenn die Strafe zugleich Wiedervergeltung ist.

Die Forderung, daß die Strafe Wiedervergeltung sei, daß also actio und passio im Verhältnis der Gleichheit stehen, kann freilich durch die menschliche Strafe niemals, es sei denn zufällig, vollständig erfüllt werden. Hier ist nur eine annähernde Uebereinstimmung möglich, einmal weil die Bewertung der actio vornehmlich von inneren Tatsachen, die sich der genauen Einsicht anderer entziehen, abhängt, dann auch weil sich der Grad der passio nicht genau abmessen läßt, da ein und dieselbe Strafe die verschiedensten Wirkungen auf die Menschen ausübt. Diese Erwägungen mögen es wohl gewesen sein, die Thomas dazu führten, das göttliche Urteil als ein Urteil secundum veritatem dem menschlichen gegenüberzustellen und der menschlichen Strafe die unter dem Begriff der medicina befaßten Zwecke als Hauptzwecke zu stellen, neben denen aber, wie gesagt, der Zweck der Wiedervergeltung bestehen bleibt.

Das Maß der Schuld ist das Maß der Strafe im Sinne der poena retributiva, und wo keine Schuld ist,

[69]) Poenae praesentis vitae sind die Strafen des diesseitigen im Gegensatz zu den Strafen des jenseitigen Lebens. Hier wird unter den Strafen des diesseitigen Lebens allein die auf Grund der lex humana verhängte Strafe betrachtet.

da hat sie keinen Platz. Nicht so bei der poena medicinalis. Sie kann sine culpa, aber nicht sine causa verhängt werden. Dieses bedeutsame Prinzip kommt in der eingangs zitierten Stelle s. th. 2 II q. 108 a. 4 c. zum Ausdruck. In konkreterer Fassung tritt es uns entgegen in s. th. 1 II q. 105 a. 2 ad 9: Non solum propter gravitatem culpae, sed etiam propter alias causas gravis poena infligitur.

1. Primo quidem propter quantitatem peccati, quia maiori peccato ceteris paribus poena gravior debetur.

2. Secundo propter peccati consuetudinem, quia a peccatis consuetis non faciliter homines abstrahuntur, nisi per graves poenas[70]).

3. Tertio propter multam concupiscentiam vel delectationem in peccato, ab his enim non de facili homines abstrahuntur nisi propter graves poenas.

4. Quarto propter facilitatem committendi peccatum et iacendi in ipso, huiusmodi enim peccata, quando manifestantur, sunt magis punienda ad aliorum terrorem. . . .

Die hier gegebene Aufzählung der Gründe, welche, abgesehen von der Schwere der Schuld, eine schwerere Strafe rechtfertigen, ist meines Erachtens jedoch nicht erschöpfend gedacht.

---

[70]) s. th. 2 II q. 39 a. 2 ad 1: . . . Poena autem maior quandoque infligitur pro peccato magis consueto. . . . Nam poenae sund medicinae quaedam ad arcendum homines a peccato. Unde ubi est maior pronitas ad peccandum, debet severior poena adhiberi. . . .

V.

Das Sachen- und Vertragsrecht und die politische Organisation der Suaheli.

Von

Dr. jur. **Hans Wedell**, Düsseldorf.

Literaturverzeichnis.

Guillain, M., Documents sur l'histoire, la géographie et le commerce de l'Afrique Orientale, Première Partie, Paris 1856.

Kohler, J., Das Banturecht in Ostafrika, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. XV, 1902.

Kohler, J., Fragebogen zur Erforschung der Rechtsverhältnisse der sogen. Naturvölker, namentlich in den deutschen Kolonialländern, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. XII, 1892.

Post, Albert Hermann, Dr., Afrikanische Jurisprudenz, 2 Teile (1 Bd.), Oldenburg und Leipzig 1887.

Steinmetz, Dr. S. R., Rechtsverhältnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien, Berlin 1903.

Niese, Richard, Das Personen- und Familienrecht der Suaheli, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. XVI, 1903.

Sachan, Eduard, Muhammedanisches Recht nach Schafiitischer Lehre, Lehrbücher des Seminars für orientalische Sprachen, 1897.

Eberstein, Frhr. v., Ueber die Rechtsanschauungen der Küstenbewohner des Bezirks Kilwa, Mitteilungen aus den deutschen Schutzgebieten (Herausgeber: Dr. Frhr. v. Danckelmann), Bd. IX, 1896.

Storch, Sitten, Gebräuche und Rechtspflege bei den Bewohnern Usambaras und Pares, Mitteilungen aus den deutschen Schutzgebieten, Bd. VIII, 1895.

Hildebrandt, J. M., Ethnographische Notizen über Wakámba und ihre Nachbaren, Zeitschrift für Ethnologie, Bd. X, 1878.

Velten, Dr. C., Sitten und Gebräuche der Suaheli, Göttingen, 1903 [1]).

Velten, Dr. C., Desturi za Wasuaheli.

Velten, Dr. C., Reiseschilderungen der Suaheli, Göttingen 1901[1]).
Velten, Dr. C., Safari za Wasuaheli.
Velten, Dr. C., Desturi za Wasuaheli (Sitten und Gebräuche der Suaheli), Mitteilungen des Seminars für orientalische Sprachen, Jahrg. I, 1898 (Afrikanische Studien)[1]).
Büttner, Dr. C. G., Suaheli-Schriftstücke, Lehrbücher des Seminars für orientalische Sprachen, Bd. X, 1892.
Dargun, Dr. Lothar, Ursprung und Entwicklungsgeschichte des Eigentums, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. V, 1884.
Reichard, Paul, Afrikanischer Grund und Boden, Deutsche Kolonialzeitung, Neue Folge, 2. Jahrg., 9. Februar 1889.
Rudel, P. Antonius, „Shauri", Deutsche Kolonialzeitung Jahrg. XI, 1898 (S. 106, 134, 262).
Klamroth, Missionar, Ueber Rechtsbegriffe der Bantuneger (Vortrag), Deutsch-ostafrikanische Zeitung, 2. Beiblatt, Jahrg. VI, Nr. 39 (24. September 1904).
Velten, Dr. C., Märchen und Erzählungen der Suaheli, Stuttgart und Berlin, 1898[2]).

Vorwort.

Die nachfolgende Arbeit verdankt ihre Entstehung einem Vortrage den ich als Mitglied der Suaheli-Klasse am Ende des Wintersemesters 1904/05 im Seminar für orientalische Sprachen über die Rechtsgewohnheiten der Suaheli gehalten habe. Sie ist als eine Fortsetzung der Arbeit des Kammergerichtsreferendars Richard Niese im 16. Bande dieser Zeitschrift gedacht.

Sie will das Sachenrecht, das Vertragsrecht und die politische Organisation der Suaheli in einer bisher fehlenden Zusammenfassung und unter Hervorhebung des Grundsätzlichen zur Darstellung bringen. Das ethnographische Material habe ich in erheblichem Umfange vorgefunden, in vielen Rich-

---

[1]) Die Zitate sind hier immer doppelt, nach der Seitenzahl des Original-Suaheliwerkes und der deutschen Uebersetzung. Die letztere ist in ( ) angeführt.

[2]) Eine zweite Märchensammlung: „Märchen und Sagen der afrikanischen Neger", gesammelt von T. v. Held, Jena 1904, bietet nichts für die in dieser Arbeit behandelten Gebiete.

tungen ist es von mir auf Grund von Mitteilungen des Lektors des Suaheli am Seminar, des Herrn Mtoro bin Mwenyi Bakari, ergänzt worden.

Seiner freundlichen Hilfe habe ich mich in umfassendem Maße erfreuen dürfen. Ich empfinde es als angenehme Pflicht, ihm auch an dieser Stelle meinen Dank für seine unermüdliche Bereitwilligkeit auszusprechen. Ich habe mit ihm in täglichen Unterhaltungen alle Einzelheiten des Stoffes durchgesprochen. Für die Zuverlässigkeit seiner Angaben verweise ich auf die ihm in dem Vorwort zu den „Safari za Wasuaḥeli“ (S. VII) von Herrn Professor Dr. Velten gewidmeten Worte. Seine Mitteilungen habe ich an der Hand des sonst vorhandenen Quellenmaterials nachgeprüft und etwa vorhandene Widersprüche durch wiederholte Rücksprache aufzuklären gesucht.

Im Gegensatz zu der Nieseschen Abhandlung will die nachfolgende Arbeit nach Möglichkeit zunächst die reinen Suaheli-Rechtsgewohnheiten feststellen und erst dann die Weiterentwicklung unter der starken Einwirkung des arabischen Einflusses zur Darstellung bringen. Freilich, ein reines Suaheli-Recht im absoluten Sinne hat es zu keiner Zeit gegeben. Die Suaheli, die „Küstenleute“, sind ein Mischvolk. Zur Bildung ihres Rechts, ihrer Sitten und Gebräuche haben die verschiedensten Stämme des Inneren und außerafrikanischer Völkerschaften beigetragen. Aber diese Einwirkung im ganzen hat sich auf Einzelheiten beschränkt und an der Oberfläche gehalten. Einen nachhaltigen Einfluß haben nur die Araber und später bis zu einem gewissen Grade die Inder ausgeübt. Nur ihre Einwirkung ist auch den Suaheli als umfassende fremdländische Einwirkung bewußt geworden [3]).

Aber sie ist nicht von Beginn an stark und mächtig gewesen. Arabische Kolonisation und arabische Blutmischung hat seit der Mitte des 8. Jahrhunderts stattgefunden [4]), nament-

---

[3]) Vgl. Velten, Sitten und Gebräuche der Suaheli, Einleitung.

[4]) Vgl. Guillain, Documents sur l'histoire, la géographie et le commerce de l'Afrique Orientale, Bd. I, S. 160.

lich auch an dem Küstenstrich, den man als die Heimat der Suaheli zu bezeichnen pflegt, an der Lamuküste. Die Neubegründung arabischer Herrschaft durch die Fürsten von Oman und die Vertreibung der Portugiesen beginnt seit 1698 mit der Einnahme der Zitadelle von Mombassa durch den Imam Sif-ben Sultan [5]. Eine tatsächliche dauernde Machtentfaltung beginnt aber erst mit der Regierung Seyyid Saïds (1806—1856). Zuvor wurden die arabischen Sultane zu sehr durch Kämpfe gegen mächtige Nachbarn und verwandte Thronprätendenten in ihrem Stammlande festgehalten. Sie konnten ihre Aufmerksamkeit nicht den afrikanischen Gebieten zuwenden, die unter beständigen Wirren und Kriegen der abtrünnigen Gouverneure (Walis) und ihrer Familien gegeneinander seufzen mußten. Die Eingeborenen waren in dieser Zeit wesentlich sich selbst überlassen. Sie regelten ihre Angelegenheiten, ihre Rechts- und anderen Streitigkeiten nach eigenem Ermessen unter der Leitung ihrer Häuptlinge. Handelsbeziehungen der Ostküste von Afrika nach Arabien bestanden natürlich bereits in dieser Zeit. Der kaufmännische Verkehr mit der Westküste von Vorderindien setzte demnächst ein. Aber die kriegerischen Ereignisse und die dadurch hervorgerufene Unsicherheit unterbrachen immer wieder den ruhigen Fortlauf der geschäftlichen Unternehmungen. Erst Seyyid Saïd machte die zuvor nur dem Namen nach bestehende Herrschaft zu einer wirklichen. Er zwang in wiederholten Kämpfen Mombassa und die anderen Plätze der Küste, die Inseln Patta, Pemba, Sansibar zur endgültigen Anerkennung seiner Herrschaft. Er faßte frühzeitig — wahrscheinlich bei seinem ersten Besuch 1828 — den Gedanken, seine Residenz nach Sansibar zu verlegen, ein Plan, der 1840 verwirklicht wurde. Er schaffte Ruhe und Frieden. Erst seit dieser Zeit vermochte ein ungehemmter Verkehr zwischen den Eingeborenen, namentlich den Suaheli, und den Arabern stattzufinden. Die Araber

---

[5]) Vgl. ebenda S. 521/522.

konnten erst seitdem mit ihrer geistigen Kultur und ihrer Religion eine nachhaltige Einwirkung ausüben und in die Tiefe dringen. Erst von da ab wird die zuvor nur unter der Asche glimmende Weiterentwicklung des Suaheli-Rechtes in arabischem Sinne zu einem starken Feuer entfacht, eine Entwicklung, die häufig dazu führt, die arabischen Rechtsgrundsätze vollkommen an die Stelle der einheimischen Gewohnheiten zu setzen. So namentlich auf dem Gebiete des Handels-, des Vertragsrechts. Aber auch in der Lehre vom Eigentum und im öffentlichen Recht muß eine Reihe einheimischer Bantu-Grundsätze der arabischen Rechtsauffassung weichen. Vor den Zeiten Seyyid Saïds ist man darnach wohl berechtigt, in der angeführten Begrenzung von „reinen“ Suaheli-Rechtsgewohnheiten zu sprechen. Aus der geschichtlichen Entwicklung heraus ist verständlich, daß noch heutzutage die Suaheli zu unterscheiden vermögen, was in ihrem Recht eigener Negeranschauung angehört, was aus dem arabischen Recht übernommen, ihnen aufgezwungen ist.

Bei der Darstellung sind die Rechtsgewohnheiten der Wadoē (nördlich vom Rufu, hinter Bagamoyo) und der Wazaramu (südlich vom Rufu im unmittelbaren Hinterland von Bagamoyo und Dar-es-salam) stark herangezogen worden. Sie sind, wie aus den Angaben über ihre Wohnsitze hervorgeht, die nächsten Nachbarn der Suaheli und stehen zu ihnen in enger Stammesverwandtschaft. Nach Mtoro Bakari gibt es keinen Suaheli, der nicht von einem (einer) Mdoe oder Mzaramu abstammt. Diese Auffassung mag selbst mit Rücksicht auf das räumliche Nebeneinander zu weit gehen. Sie legt in jedem Falle Zeugnis ab für die Innigkeit der Beziehungen zwischen diesen beiden Stämmen und den Suaheli. Die Wadoē und Wazaramu haben konservativer als die Suaheli an ihren angestammten Rechtsanschauungen festgehalten, sie sind auch nicht so unmittelbar den fremden Einflüssen ausgesetzt gewesen wie jene. Die Berichte über ihre Sitten und Gebräuche sind daher eine willkommene Ergänzung für eine Darstellung des „reinen“ Rechtes der Suaheli, namentlich da, wo uns direkte

Berichte über die ursprünglichen Suaheli-Rechtsverhältnisse mangeln.

Die unmittelbare Nebeneinanderstellung von Privat- und öffentlichem Recht bedarf kaum der Rechtfertigung. In weniger entwickelten Rechten, wie es auch das ältere Suaheli-Recht ist, sind beide Materien innig miteinander verwoben. Sie erfahren beide ihre unmittelbare Fortbildung durch dieselbe Quelle, durch die Allgewalt des Häuptlings. Nur der vermag die Privat-Rechtsgewohnheiten eines Stammes richtig zu verstehen und kritisch zu würdigen, der über seine staatsrechtlichen Anschauungen unterrichtet ist.

Erstes Hauptstück.

Das Vermögensrecht.

Erstes Kapitel.

Das Recht an Sachen.

A. Das Recht am Grund und Boden.

§ 1.

I. Die Grundanschauung mit ihren Folgesätzen.

1. Bei den Suaheli gilt der Grundsatz, daß alles Recht am Grund und Boden dem Häuptling zusteht [6]). Dies ist an der Küste (pwani) der Jumbe, im Inneren (katika barra: 2—2½ Stunden von der Küste entfernt) der pazi [7]). Wer

[6]) So Mtoro Bakari. — Vgl. Velten, Desturi za Wasuaheli, S. 226 (274). — Vgl. auch Steinmetz, Rechtsverh. von eingeb. Völkern in Afrika und Ozeanien, die Wagogo (Miss. J. E. Beverley), S. 216: „Der Häuptling beansprucht alles Recht am Grund und Boden." Siehe für die Wazaramu, Velten, safari za Wasuaheli, S. 206 (227).

[7]) Ueber den Unterschied zwischen jumbe und pazi siehe w. u., S. 157 (§ 15).

Land bebauen will, muß den Häuptling um Ueberlassung von Land bitten. Ein Vorrecht besteht nur zu Gunsten der Familienangehörigen des Häuptlings in seinem Bezirk. Sie können Land zur Bebauung in Angriff nehmen, wo sie wollen. Sie sind in ihrer Eigenschaft als Verwandte am Grund und Boden mitberechtigt. Ein, sei es auch durch die Dauer des Aufenthalts zeitlich beschränktes Eigentum des Stammes, wie es Eberstein[8]) für die Küstenbewohner von Kilwa als in früherer Zeit vorhanden berichtet, besteht nicht. Der Häuptling wird naturgemäß regelmäßig niemals die Einräumung von Land verweigern. Es liegt in seinem eigenen Interesse, daß viele Pflanzungen (mashamba) in seinem Bezirk (inchi) in Angriff genommen werden, sein Gebiet volkreich wird.

Daneben ist den Suaheli das Sondereigentum am Grund und Boden durchaus bekannt[9]). Die Suaheli kennen drei Wege, um in den Besitz von Grundeigentum zu gelangen:

a) kununua shamba, Kauf einer Pflanzung,

b) kupanga shamba, Pacht einer Pflanzung,

c) kukaa tu katika shamba, bloße Ueberlassung einer Pflanzung zur Inhabung.

Im Fall der eigentlichen Pacht wird die Zahlung einer jährlichen Abgabe (pepeta), die meistens nicht in Geld, sondern in einem Teil des Ernteertrages besteht, verabredet. Bei der bloßen Inhabung wird eine jährliche Abgabe nicht entrichtet. Nur ein Geschenk wird dem Häuptling in regelmäßigen Zwischenräumen überreicht, wenn die Erntemenge es zuläßt. In der Hauptsache besteht kein Unterschied zwischen „kupanga“ shamba und „kukaa tu“ katika shamba. Das Regelmäßige ist, namentlich in früher Zeit, daß der Häuptling bei der

---

[8]) In den Mitteilungen aus den deutschen Sch.-Geb., Bd. IX (1896). Ueber die Rechtsanschauungen der Küstenbewohner des Bezirkes Kilwa, S. 170.

[9]) Vgl. J. Kohler, Das Banturecht in Ostafrika, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. XV, S. 46: „Die kommunistischen Vorstellungen sind möglichst zurückgedrängt.“

Unbegrenztheit seines Grund und Bodens das Land ohne Entgelt überläßt [10]).

Auf die bloße Inhabung und auf den Grundsatz, daß das ganze Land dem Häuptling gehört, bauen sich alle Beziehungen der Suaheli zum Grund und Boden auf.

Der Häuptling weist entweder selbst die Grenzen an oder läßt durch einen seiner Leute die Begehung der Grenzen vornehmen [11]).

Durch Urbarmachung, durch Bepflanzung wird kein Eigentum erworben. Der Suaheli hat an der von ihm (bloß) innegehaltenen Pflanzung zwar umfassende Nutzung, aber keinerlei Verfügungsrecht.

Auch an dem Boden, auf dem die Hütte aufgebaut ist, besteht kein Eigentum des Einzelnen. Das Eigentum am Grund und Boden und an den Hütten ist getrennt. Die Hütte, auf dem nackten Boden ohne Unterbau aus Holz errichtet, gilt als bewegliche Sache. Reichard [12]) hat, zumal für die ältere Zeit, Recht, wenn er sagt: „Hütten haben in den Augen des Negers denselben Wert wie etwa dem Vogel sein Nest.“

Die Anpflanzung von großen fruchttragenden Bäumen, z. B. von Kokospalmen, ist dem bloßen Inhaber oder Pächter verboten gewesen. Die Suaheli erachten dies wohl als ein Zeichen uneingeschränkten Eigentums [13]).

Erregt der Besteller des Landes in starker Weise das Mißfallen des Häuptlings, durch Faulheit, durch Nicht-

---

[10]) So Mtoro Bakari.

[11]) Er oder der von ihm Beauftragte erhält für die vollbrachte Mühewaltung ein Geschenk, das den bezeichnenden Namen „ubani“ (Weihrauch) führt. Vgl. Desturi S. 227 (275). Das ubani wird später nach Mtoro Bakari unmittelbar dem Jumben gegeben.

[12]) In der deutschen Kol.-Ztg. vom 9. Februar 1889 (Neue Folge, 6. Jahrg.): „Afrikanischer Grund und Boden.“

[13]) Bei den Wazaramu wird einem Fremden Land zum Anbau einer Pflanzung nur unter der ausdrücklichen Bedingung vermietet, daß er Kokospalmen nicht aussetze. Als Grund wird angegeben: die Erben des Fremden könnten sonst die Pflanzung als Eigentum des Verstorbenen

anbau oder unordentlichen Anbau, so kann er weggetrieben werden[14]).

Verläßt der Besitzer die Pflanzung, und ist ersichtlich, daß er auf die Stelle nicht wiederkommt, so begibt sie der Häuptling weiter[15]). Er wird die Pflanzung dem früheren Inhaber nur frei halten, wenn er ihm besonders wohl will.

Der Besitz am bebauten Lande wird auf die Nachkommen vererbt, aber nicht als Eigentum, sondern nur so, wie es der Erblasser besessen hat: als nutzungsfähiger Besitz[16]).

Eine Weiterbegebung des innegehaltenen Landes gegen Entgelt findet nicht statt. Wohl ist es möglich, daß ein Suaheli die von ihm bebaute Shamba ganz oder teilweise einem anderen zur Benutzung übergibt, aber die Zahlung eines Pachtzinses würde ihm unverständlich sein. Ist ihm doch selbst das Land vom Häuptling nur zur Inhabung überlassen worden.

Ein Fremder ist in der Zuteilung von Land nicht anders als ein Suaheli behandelt worden[17]).

2. Dem Häuptling gehört — innerhalb seines Bezirks —

---

fordern und sich zum Beweis des Eigentums auf die Tatsache stützen, daß er Kokospalmen angepflanzt habe, vgl. Safari S. 206 (226).

Vgl. auch Eberstein a. a. O., S. 171: ein Mann, der ein seit langer Zeit nicht bebautes Grundstück beanspruchte, mußte außer durch einen Kaufschein durch selbst gepflanzte Bäume Zeugnis erbringen, daß er oder seine Voreltern es selbst zuerst bebaut hätten.

Nach Mtoro Bakari ließ wohl ein Jumbe die Kokospalmenstämme durch seine Leute wieder ausreißen, wenn sie ein bloßer Besitzer angepflanzt hatte.

[14]) So Mtoro Bakari. — Vgl. auch w. u., S. 159, Anm. 149.

[15]) Vgl. Steinmetz, a. a. O., die Waschambala (Miss. F. Heinr. Lang) S. 264: „Verläßt der Eigentümer das Land ganz, so fällt es an den Häuptling zur eventuellen Wiederverteilung.“

[16]) Nach Mtoro Bakari haben in späterer Zeit die Erben verstorbener Jumben nicht selten den Inhabern von Schamben die Alternative gestellt, ihre Stellen käuflich zu erwerben oder zu verlassen (und zur anderweiten Veräußerung frei zu machen). Die Berufung auf den von den Voreltern ererbten Besitz konnte nicht ausreichen, ihr Verbleiben zu sichern.

[17]) Vgl. Desturi S. 226 (274).

ebenso wie das Land, alles, was sich auf und in dem Grund und Boden befindet.

Ihm gehört Wald, Steppe, Wiese, Wasser [18]; ihm kommen die Mineralien zu [19]. Ihm gehören grundsätzlich die Fische in den Flußläufen. Die Suaheli bedürfen daher zum Fischen der Erlaubnis. Meistens geschieht der Fischfang in der Weise, daß sich 100—150 Personen unter einem Vornehmen vereinigen und von diesem die Erlaubnis eingeholt wird. Von dem Fang erhält der Häuptling seinen Anteil [20] [21]. Wird ein nguva (Dugong) gefangen, so muß der Fischer an den Dorfältesten Kopf und Rücken abgeben [22]. Die in großen Fischen (Haifischen oder chewa-Fischen) gefundenen Wertgegenstände: Fußspangen der Frauen, Halsketten, werden zwischen dem Dorfältesten und den Fischern geteilt [23].

Die Jagd ist frei. Erlegtes Wild gehört dem Jäger vollständig, auch der gesamte Kadaver. Aber von der Beute

---

[18]) Anders bei den Küstenbewohnern von Kilwa und bei den Washambaa: Gras, Wald, Wasser sind Gemeingut. Vgl. Eberstein a. a. O., S. 170; Steinmetz a. a. O., S. 263.

[19]) Früher wurde nur Eisen gefunden. Die Suaheli haben es nie verstanden, nach Edelmetallen zu bohren.

[20]) So Mtoro Bakari. Vgl. Velten, Desturi za Wasuaheli in Mitteil. d. Sem. f. orient. Sprach. (Afrik. Studien) S. 45 (83). — Bei den Wazaramu wird der Fischfang ebenfalls unter einem Meister (fundi) betrieben. Der Fang wird geteilt, einen erhält der Meister, einen anderen der Eigentümer (d. i. der pazi oder einer seiner Verwandten). Siehe Safari S. 246 (270).

[21]) Anders in Kilwa und bei den Washambaa: die Fischerei ist frei, Eberstein S. 172; Steinmetz S. 263. — Nur der Erbauer eines mit Reusen versehenen Pfahlzaunes am Strande hat dem Eigentümer der Strandshamba ein Geschenk zu machen (Eberstein).

[22]) Vgl. Velten, Mitteil. S. 45 (83); Hildebrandt, Zeitschr. f. Ethnologie, Bd. X, S. 379 (Anm.). Nach H. besteht die Abgabe nur aus dem Schwanzteil, nach Mtoro gebührt dem Dorfältesten der Rücken des nguva (nicht der Kopf). — Vgl. auch Desturi S. 227 (276).

[23]) Vgl. Velten, Mitteil. wie Anm. 22.

erhält der Dorfälteste seinen Anteil[24]). Vom Elefanten erhält er einen Zahn, ebenso erhebt er häufig auf das Fell des Löwen Anspruch[25]).

§ 2.

II. Kritik und Entwicklung in der Araberzeit.

1. Das alleinige Recht des Häuptlings am Grund und Boden ist die Ur- und Grundauffassung der Suaheli. Der Begriff des Sondereigentums ist vor der Ankunft der Araber und Inder kaum praktisch geworden. Niemand hatte ja ein Interesse daran, Sondereigentum zu begründen. Es ist klar, daß von einem uneingeschränkten Privateigentum des Häuptlings in dem Sinne, den wir heute damit verbinden, keine Rede sein kann[26]). Es besteht ein „Zwitterzustand zwischen Staats- und Privateigentum“[27]). Man kann das Verhältnis des einzelnen zu seinem Grundstück am besten als eine Art lehensrechtliches[28]) bezeichnen, zumal, wenn man bedenkt, daß

---

[24]) Ebenso in Kilwa und bei den Washambaa. In Kilwa ist es Sitte, daß der Jäger seinem Häuptling den Kopf des von ihm erlegten Wildes gibt.

[25]) Die Abgabe von Zähnen, Fellen oder anderen Körperteilen (z. B. Schenkel) erlegter Tiere an den Häuptling oder König ist allgemeiner afrikanischer Rechtsbrauch. Vgl. Post, Afrikan. Jurisprudenz, Bd. II, S. 163. Vgl. auch Storch, Sitten u. s. w. bei den Bewohnern Usambaras und Pares, in Mitteil. aus den deutschen Sch.-Geb. Bd. VIII (1895), S. 318 u. 323. — Für die Wagogo gilt aber: „Wer einen Elefanten erschießt und verfolgt, bis er fällt, dem gehören beide Zähne,“ Steinmetz a. a. O., S. 216. — Siehe auch w. u., S. 159.

[26]) Vgl. Safari S. 210/211 (231): „Früher waren die Pflanzungen des pazi und deren Ertrag gewissermaßen Nationaleigentum (shamba lake analolima sirkali). Vgl. auch Storch a. a. O., S. 323: „Die einzelnen Landschaften in Pare gehören an sich den betreffenden Jumben, welche die Schamben vergeben, nicht aber zurücknehmen können.“ — Siehe auch v. Stengel, Rechtsverh. der deutschen Sch.-Geb. (1901), S. 185/186.

[27]) Vgl. L. Dargun, Ursprung u. Entw.-Gesch. des Eigentums, in der Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. V (1884), S. 64.

[28]) Vgl. Post a. a. O., Bd. II, S. 170, V. — Dieselbe Anschauung

das Nutzungsrecht an der Pflanzung nur so, wie es der Besitzer ausgeübt hat, sich auf seine Nachkommen vererbt. Der allgemeine Bantu-Rechtssatz, daß es keinen Grundbesitz als solchen, kein Eigentumsrecht des einzelnen am Grund und Boden gibt, kann für die Suaheli nicht in Anspruch genommen werden [29]). Ein zweiter in Afrika weit verbreiteter — aus dem ersten folgender — Rechtssatz besagt: jeder darf unbebautes Stammland bebauen und genießt die Früchte des Bodens, solange er ihn bearbeitet [30]). Dieser Satz gilt nach dem Vorgetragenen für die Suaheli gleichfalls nicht. Aber man muß bedenken: im Bezirk eines Häuptlings ist unbeschränkt unbebautes Land vorhanden. In manchen Fällen wird Boden zum Anbau einer Pflanzung in Angriff genommen worden sein, ohne daß man zuvor die Einwilligung des Häuptlings einholte. Man sah einen geeigneten Platz und begann ohne weiteres mit der Urbarmachung. Der Häuptling gab seine Einwilligung durch stillschweigende Duldung des Bestellers zu erkennen. Auf diese Weise wurde praktisch, wenn auch die Grundauffassung nie aus den Augen verloren wurde, dem angeführten zweiten Rechtssatz auch bei den Suaheli Raum gegeben.

2. Erst mit der Neubegründung der arabischen Herrschaft durch die Fürsten von Oman und mit dem Eindringen der Inder tritt der Begriff des Sondereigentums stark und einschneidend in den Vordergrund [31]). Beide Ankömmlinge, gewohnt, das von ihnen innegehaltene Grundstück als uneingeschränktes Sondereigen zu benützen, suchen auch in Afrika

---

besteht im wesentlichen auch bei den Washambaa, vgl. Steinmetz a. a. O., S. 263/264, Storch a. a. O., S. 318. — Der naheliegende Vergleich mit dem römischen Bittbesitz (precario) scheitert an der lediglich privatrechtlichen Natur dieser Besitzübertragung.

[29]) Anders Miss. Klamroth in seinem Vortrag über Rechtsbegr. der Bantuneger, Deutsch-Ostafr. Ztg. vom 24. September 1904 (Jahrg. VI, Nr. 39), 2. Beibl.

[30]) Vgl. Post a. a. O., Bd. II, S. 166. Vgl. auch Reichard a. a. O.

[31]) Vgl. Reichard a. a. O. — Vgl. Köln. Ztg. vom 26. April 1905, Nr. 431 (Mitt.-Ausg.): „Schutz den Kautschukwaldungen."

Grund und Boden käuflich zu erwerben und erhalten ihn bereitwillig von den Jumben[32]). Ihrem Beispiel folgen die Suaheli mehr und mehr. Zum Nachweis der Veräußerung werden Kaufbriefe ausgestellt[33]).

Gleichzeitig entwickelt sich das Vorkaufsrecht. Der Nachbar hat ein größeres Recht, ein Grundstück zu kaufen — sei es ein Shamba-Grundstück, sei es ein Grundstück in der Ortschaft (mji) — als ein Fremder. Ist der Verkauf ohne Vorwissen des Nachbarn erfolgt, so kann er ihn — gegen sofortige Erlegung des Kaufpreises — rückgängig machen[34]). Das Vorkaufsrecht besteht auch an dem Anteil eines Miteigentümers bezw. Mitbesitzers[35]).

§ 3.

III. Einzelheiten zum Grundstücksrecht.

1. Eigentliche Eigentumszeichen gibt es nicht. Zur Feststellung der Grenzen sind mchogoma-Sträucher (Dorngesträuch), später Ananasbäume verwandt worden[36]).

2. Zum Schutze einer Pflanzung oder einer Ortschaft gegen Diebe und wilde Tiere (Schlangen, Löwen) wurden Amulette gebraucht, die auf der Grenze oder am Eingang

---

[32]) Die Jumben veräußerten auf diese Weise allmählich ihren ganzen Besitz. Siehe auch w. u., § 21, S. 178.

Anders die pazi. Sie weigerten sich, Grund und Boden zu veräußern. Sie haben Land nur zur Nutzung überlassen. Ein Beispiel, wie sehr die pazi bedacht waren, ihren Landbesitz zu wahren, zeigt Velten Safari S. 206|226.

[33]) Vgl. Safari ebenda. Eberstein a. a. O., S. 171.

[34]) So Mtoro Bakari. — Ebenso in Kilwa, vgl. Eberstein a. a. O., S. 171|172. — Diese Ausgestaltung des Vorkaufsrechts entspricht in ihrem Wesen dem älteren deutschen Retraktrecht (Nachbarlosung). [Sie entspricht dem Islamrecht, Zeitschr. VI S. 272. — Kohler.]

[35]) So Mtoro Bakari.

[36]) Vgl. auch Eberstein, S. 171: „Die Grenzen wurden durch gepflanzte Bäume oder auch durch aneinander gereihte Steine kenntlich gemacht."

der Orte eingegraben wurden. Früher verfertigte sie der Zauberer (mganga) aus Holzstücken, die mit anderen Dingen zusammengewickelt waren. Später, in arabischer Zeit, wandte man sich an den Lehrer (mw'àllimu) und benutzte als Amulette mit Koransuren beschriebene Papierstreifen[37].

3. Eine genossenschaftliche Bearbeitung der Shamben hat nicht stattgefunden. Jeder Suaheli hatte seine Pflanzung für sich. Nur bei der Ernte nahm ein Wohlhabender, der nicht allein fertig wurde, die Hilfe seiner Verwandten, Freunde und Bekannten in Anspruch. Auf seine Einladung arbeiteten sie den ganzen Tag auf seiner Shamba und erhielten dafür Speise und Trank (pombe). Ein anderer Lohn wurde nicht gegeben[38].

4. Das gesamte Vieh des Ortes ist zusammen von den Hirten (Sklaven) auf unbebautes Land in der Nähe der Ortschaft zur Weide getrieben worden[39]. Dieses Land hat damit aber nicht den Charakter von Gemeindeland erhalten.

5. Ein Brunnen gehörte dem, der ihn gegraben hat. Aber das Eigentumsrecht war ein bloßer Name[40]. Tatsächlich war er der Oeffentlichkeit übergeben. Jedem stand es frei, ihn zu benützen und Wasser daraus zu schöpfen.

---

[37]) In gleicher Weise wenden die Wadoe Zauber zum Schutz ihrer Ortschaften gegen wilde Tiere an, vgl. Velten, Safari, S. 161 (177/178).

[38]) So Mtoro Bakari. — Ebenso bei den Washambaa, Steinmetz, S. 263. — Die gleiche Sitte haben die Wadoē und Wazaramu, vgl. Velten, Safari S. 170 (186) u. 238 (262). Bei den Wazaramu werden die Freunde auch bei Hausbau gegen Bewirtung zu Hilfe gerufen, Safari S. 234 (257). Bei den Wadoē, bei denen die Arbeit des Hausbaues zwischen Mann und Frau geteilt ist, werden entsprechend Männer und Frauen gesondert zur Hilfeleistung eingeladen, Safari S. 159 (175).

[39]) Früher hatten die Suaheli viel Vieh und ein jeder seinen Hirten. Jetzt findet sich bei ihnen nur noch sehr wenig Vieh.

[40]) So Mtoro Bakari. — Vgl. Eberstein S. 172: „Ein gegrabener Brunnen gehört allen, die Erbauer haben kein Vorrecht.“ — Vgl. auch für die Washambaa Steinmetz, S. 264: „Wer sich einen Brunnen gegraben hat, hat allein das Recht, darüber zu verfügen.“

B. Das Recht an beweglichen Sachen.

§ 4.

I. Allgemeines.

1. An beweglichen Sachen besteht, auch nach reiner Suaheli-Anschauung, Sondereigentum [41]). Dem Ehemanne gehören regelmäßig alle im Hause (in der Hütte) befindlichen Sachen nebst der Hütte selbst. Eine dahin lautende Vermutung besteht. Die Ehefrau behält zwar Sondereigentum an den von ihr in die Ehe gebrachten Gegenständen, aber das Verfügungsrecht ist grundsätzlich beim Manne [42]). Während der Ehe kann gemeinschaftliches Eigentum (vitu vya shirka) durch anteilmäßige Zahlung des Kaufpreises erworben werden [43]). Haussöhne haben kein Eigentum. Sie werden erst mit Erlangung des Mündigkeitsalters [44]) fähig, selbst Eigentum zu erwerben. Seitdem Haussöhne eine Dienststellung außerhalb des Hauses, namentlich als Diener (boi), annehmen, ist das mit ihrem Verdienst Erworbene ihr persönliches Eigentum. Aber auch hier hat der Vater kraft der väterlichen Gewalt das Verfügungsrecht nach freiem Ermessen. Haustöchter können erst nach ihrer Verheiratung selbständig — innerhalb der durch die Ehe gezogenen Grenzen — Eigentum erwerben [45]).

2. Die große Masse der Suaheli ist arm. Ihr Besitz beschränkt sich auf die Hütte [46]) und die wenigen Ausstattungs-

---

[41]) So Mtoro Bakari.

[42]) Vgl. hierzu R. Niese a. a. O., S. 219.

[43]) Bei Scheidung der Ehe wird der gemeinschaftliche Besitz quotenmäßig geteilt. Vgl. im einzelnen Desturi, S. 337 (399).

[44]) Vgl. hierzu w. u., § 8, S. 137.

[45]) Vgl. Eberstein a. a. O., S. 173: „Familiengüter gibt es nicht. Der Vater, die Mutter und die Kinder haben ihre Sondereigentümer, je nachdem ihnen dieselben durch Selbsterwerbung, Erbschaft oder Geschenk zugefallen sind. Trotzdem genießt die Familie in den meisten Fällen den Gewinn gemeinsam."

[46]) Die Suaheli erachten die Hütte, wie bereits S. 126 bemerkt wurde, als bewegliche Sache. Nur die größeren und namentlich die Steinhäuser

gegenstände: ein Bett, einige Kochtöpfe, eine Lampe, Kissen und Matten[47]).

3. Der Eigentümer einer gestohlenen Sache kann sie immer von jedem Besitzer zurückfordern. Er braucht eine Entschädigung nicht zu zahlen. Der Besitzer kann sich nur an den Verkäufer oder den Dieb halten. Der erstere und in zweiter Linie der Dieb muß den Kaufpreis zurückzahlen. Ist von beiden nichts zu holen, so geht der Besitzer leer aus[48]).

§ 5.

II. Besonderes.

1. Fund.

Für den Fund sind in der Hauptsache die arabischen Rechtsgrundsätze maßgebend[49]). Aber eine Reihe dieser Vorschriften — zum Teil handelt es sich um universelle, überall wiederkehrende Grundsätze[50]) — bestehen auch nach reinen Suaheli-Gebräuchen. Dahin gehört in erster Linie die Pflicht zur Ablieferung des Fundes an den Obersten im Orte, an den Jumben[51]), namentlich, wenn es sich um einen wertvollen Gegenstand oder ein Tier (z. B. Rind, Esel) oder einen Sklaven handelt[52]). Sachen von geringem Werte verwahrt der Finder selbständig. — Zweitens muß der Fund öffentlich bekannt

in den Ortschaften gelten als unbewegliche Sache. — Ebenso die Wagogo, vgl. Steinmetz a. a. O., S. 216, VIII. Anders in Kilwa (Eberstein, S. 173) und bei den Washambaa (Steinmetz, S. 265).

[47]) Vgl. auch P. Antonius Rudel: „Shauri", in Kol.-Zeit. Nr. 12 ff., Jahrg. XI (1898), S. 107.

[48]) So Mtoro Bakari.

[49]) Vgl. Sachau, Muhammedanisches Recht, Oblig.-Recht, Kap. 23. [Kohler, Rechtsvergl. Studien S. 74. — Kohler.]

[50]) Vgl. auch Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs (Diss.), § 1, Geschichtliches.

[51]) Vgl. Desturi, S. 321/322 (382).

[52]) Der Sklave wird beim Jumben verpflegt, aber er muß ihm dafür arbeiten.

gemacht werden. Die Bekanntmachung erfolgt auf Befehl des Jumben, wenn ihm die Sache übergeben ist, an allen Kreuzwegen und auf dem Markte. Sonst ruft sie der Finder selbst vor der Moschee aus[53]). Die Bekanntmachung ist notwendig an einem jeden der ersten drei Tage nach dem Funde[54]) (also nicht, wie nach arabischem Recht, grundsätzlich ein Jahr hindurch). Später erfolgt sie nach Zeit und Gelegenheit.

Der Verlierer fordert regelmäßig vom Obersten im Orte die verlorene Sache wieder ein. Meldet sich der Verlierer nicht, so bleibt die Fundsache in der Verwahrung des Jumben oder des Finders. Sie erlangen in Gemäßheit des arabischen Rechts nicht Eigentum, nur Besitz. Die Benutzung der Fundsache im eigenen Interesse ist erlaubt. Aber meldet sich der Verlierer noch nach drei, vier oder fünf Jahren und weist er sein Eigentum nach, so muß ihm die Sache herausgegeben werden[55]).

Finderlohn (uokosi, kiokozi) wird vom Verlierer nach Vereinbarung gezahlt[56]).

2. Herrenlose Sachen.

Herrenlose Sachen, die am Strand oder im Inneren gefunden werden, sind dem Jumben zu überbringen. Sie gelten als Fund, der dem ganzen Ort gehört. Der Jumbe läßt die Sachen versilbern. Vom Erlös erhält die eine Hälfte der Jumbe, die zweite Hälfte wird unter seine Würdenträger und die übrigen Leute verteilt[57]).

---

[53]) Vgl. Desturi, wie Anm. 51.

[54]) So Mtoro Bakari.

[55]) So Mtoro Bakari. Verfügt der Jumbe schließlich endgültig für sich über den Fundgegenstand, so findet wohl ein Ausgleich zwischen ihm und dem Finder statt; z. B. schlachtet er das ihm zugebrachte Rind, so erhält der Finder einen Anteil.

[56]) Nach Mtoro Bakari beträgt der Finderlohn höchstens 3 oder 4 Rupien. Beim Fund eines Sklaven werden 2 Rupien Finderlohn gezahlt, vgl. Desturi, S. 324 (384).

[57]) Vgl. Desturi, S. 322 (383). Siehe aber Velten, Mitteil., S. 46

3. Das Bienenrecht.

Die Bienen sind frei. Nur wenn die Bienen sich in einem aufgestellten Bienenkorb (ausgehöhlter Baumstamm: mzinga wa nyuki, mz. wa 'asali) festgesetzt haben, gehört der von ihnen gelieferte Honig dem Eigentümer des Bienenkorbes. Das Recht auf den Honig achtet jeder [58]).

Zweites Kapitel.

Das Vertragsrecht.

I. Allgemeines.

§ 6.

1. Die Entwicklung des Vertragsrechts.

Die Suaheli sind in älterer Zeit ein Volk, das Ackerbau, Jagd und Viehzucht betreibt [59]). Die Bedürfnisse sind gering und dementsprechend das Recht arm nach Inhalt und Form. Erst in der Araberzeit entwickelt sich das Vertragsrecht mannigfaltiger im Sinne des herrschenden Verkehrs unter dem starken Einfluß des arabischen Rechts. Die Suaheli beginnen Handel, besonders den Karawanenhandel, zu betreiben. Auf der einen Seite treten die Rechtsgeschäfte mit dem Karawanenpersonal: Träger, Führer, Aufseher, hinzu, auf der anderen Seite das Rechtsverhältnis zu den Großkaufleuten. Gesellschaftsverträge zum gemeinsamen Betrieb von Handelsunternehmungen werden begründet. Ein Marktverkehr entwickelt sich. Der Kredit wird in steigendem Maße in Anspruch genommen. Das hat

---

(84): „Im Walde gefundenes Elfenbein ist zum Jumben zu bringen, damit es verkauft werde. Der Finder erhält irgend etwas als Finderlohn (apawe cho chote hasili). — Abweichend die Rechtsgewohnheiten in Kilwa, vgl. Eberstein, S. 173 (174).

[58]) So Mtoro Bakari. — Vgl. auch Eberstein, S. 172: „Der Bienenschwarm ist Gemeingut."

[59]) So Mtoro Bakari.

zur Folge, nicht nur die vermehrte Beurkundung der Rechtsgeschäfte, um den Beweis der Forderung zu sichern, sondern auch einen vermehrten Abschluß von akzessorischen Rechtsgeschäften zur Sicherung der Forderung selbst.

Die Möglichkeit, am Grund und Boden Privateigentum zu begründen, zieht die Grundstücke in den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Sie werden in der Stadt und auf dem Lande — als Shambagrundstück mit den Erträgnissen — zur Miete gegeben, als Pfänder beliehen.

§ 7.

2. Die Zahlungsmittel.

Als Wertmesser diente in erster Linie Getreide in seinen verschiedenen Sorten. Das Maß ist das pishi (etwa 4 Liter). Ebenso wurde Vieh als Zahlungsmittel in Anwendung gebracht: Rinder, Ziegen, Schafe; Zeugstoffe dagegen nicht[60]). Seltener wurde mit Perlen bezahlt, im Inneren auch mit Kaurimuscheln[61]). Das gemünzte Geld ist von außen eingeführt.

§ 8.

3. Die Begründung des Schuldverhältnisses.

a) Die Geschäftsfähigkeit. Nur ein erwachsener, verständiger freier Mann kann einen Vertrag abschließen[62]). Geisteskranke und solche Personen, die durch eine andere Krankheit ihrer Sinneskraft beraubt sind[63]), sind ausgeschlossen. Ebenso sind männliche Minderjährige zum Vertragsabschluß unfähig. Als erwachsen gilt ein Suaheli, wenn er das 25. bis 30. Lebensjahr zurückgelegt hat, in keinem Fall vor vollendetem

---

[60]) So Mtoro Bakari.

[61]) Aehnlich bei den Washambaa, vgl. Steinmetz a. a. O., S. 265. — Nach Post a. a. O., Bd. II, S. 178 ist an den Küstenstrichen von Sansibar beim Ankauf von Lebensmitteln gerade Zeug gebräuchlich gewesen.

[62]) So Mtoro Bakari. Ebenso im arabischen Recht.

[63]) Vgl. Desturi, S. 319 (379).

25. Lebensjahr. Dieser Zeitpunkt fällt mit der Begründung eines selbständigen Haushalts zusammen[64]). Bis dahin zahlt sein Vater für ihn, erhält er alles im Hause seines Vaters. In der Araberzeit ist die Altersgrenze auf 15 Jahre herabgesunken. Die starke Berührung mit der fremdländischen Außenwelt, die mannigfache, namentlich in geschlechtlicher Beziehung gewonnene Erfahrung sind die Hauptgründe für die so bedeutend früher erreichte männliche Reife.

Unverheiratete weibliche Personen werden überhaupt nicht mündig. Frauen können nur mit Erlaubnis ihrer Männer[65]) rechtsgeschäftlich handeln. Sklaven bedürfen der Erlaubnis ihrer Herren.

Ein Verschwender unterliegt nach den Rechtsgewohnheiten der Suaheli rechtsgeschäftlicher Beschränkung nicht[66]).

b) Der Abschluß der Verträge erfolgt mündlich und vor zwei oder drei Zeugen[67]). Als Zeichen des Abschlusses wird ein Stückchen Holz (namentlich bei Darlehens- und Bürgschaftsverträgen) — kijiti — dem Gläubiger übergeben. Der Schuldner glättet es auf einer Seite und kratzt ein Zeichen hinein, um es bei der Vorlegung nach Ablauf der Frist wieder erkennen zu können. Gleichzeitig wird ein Palmblatt (oder ein anderes Blatt) mit eingedrehten Knoten (mafundo) ausgehändigt. Die Knoten bedeuten die Frist. In das Blatt werden Knoten je nach der Länge der Frist geschlungen, z. B. drei oder sieben Knoten, wenn die Frist drei oder sieben Monate

---

[64]) Die Suaheli berechnen allerdings das Lebensalter nicht genau, sie schließen nach dem äußeren Eindruck.

Die Mündigkeit wird nicht erst, wie Klamroth a. a. O. angibt, mit der Verheiratung erreicht.

[65]) Zwei Ausnahmen siehe w. u., S. 143, § 10, 1 a, und S. 145, 2 a, Anm. 96.

[66]) So Mtoro Bakari.

[67]) Ebenso in Kilwa, vgl. Eberstein, S. 174: erforderlich sind 3 Zeugen. (Siehe aber S. 175: „Häufig geschahen solche Abmachungen ohne Zeugen.“)

währen soll. Durch Wiederauflösung der Knoten berechnet der Gläubiger den Fälligkeitstermin für die Leistung.

Das Hölzchen darf nicht verloren werden. Die Geltendmachung der Forderung ist von seinem Besitz abhängig [68]).

Später werden an Stelle der Holzurkunden Schrifturkunden ausgestellt [69]), die zugleich über die Länge der Frist Bestimmung treffen. Die Zeugen werden in der Urkunde mit vollem Namen aufgeführt, unterschreiben sie aber nicht. Zeugen und Vertragschließende können regelmäßig nicht schreiben, die Abfassung erfolgt durch einen gewerbsmäßigen Schreiber [70]).

c) Als Beteuerungsmittel, um den Gläubiger von der Aufrichtigkeit der abgegebenen Willenserklärung zu überzeugen, wurden Schwurformeln gebraucht, unter Zuhilfenahme von Wendungen, in denen der Beteuernde eine Unanständigkeit ausspricht oder durch die er schweres Unheil auf sich herabbeschwören will, wenn er der übernommenen Verpflichtung nicht pünktlich nachkommt. So sagen Männer z. B.:

kama mama yangu, wie meine Mutter, d. h. verboten wie die Blöße meiner Mutter;

oder:

kama dumbu yangu, bei der Blöße meiner Schwester;

Frauen drücken sich entsprechend aus:

---

[68]) So Mtoro Bakari. Ebenso bei den Wazaramu, vgl. Safari, S. 213 (234). Eine ähnliche Sitte berichtet Eberstein von Kilwa: häufig ließ sich bei Darlehen der Gläubiger vom Schuldner ein Messer, Speer, Schmuckzeug etc. als Zeichen des Darlehens geben. Dieses Zeichen wurde beim Rückempfang der Schuld zurückgegeben und diente im Notfall als Zeugnis. — Vgl. auch Storch a. a. O., S. 318 und 323 für die Washambaa und Wapare: „Auch kommt es vor, daß der Schuldner dem Gläubiger irgend einen Gegenstand als Zeichen seiner Schuld aushändigt."

[69]) Vgl. Eberstein, S. 175: „Es gibt seitdem (seitdem die Araber ins Land gekommen sind) Bevollmächtigungen, Schuldscheine, Kaufscheine, Handelsverträge, Testamente, religiöse Stiftungen, Schenkungen, die alle nur seit der letzten Zeit schriftlich vollzogen werden."

[70]) Die Formel am Schlusse: wakatabahu biyedehi ... und geschrieben hat es eigenhändig der ... wird auch dann angewandt, wenn die Niederschrift durch einen Schreiber erfolgt ist.

kama baba yangu, bei der Blöße meines Vaters,
kama ndugu yangu, bei der Blöße meines Bruders.

Als Beteuerung der zweiten Art sei angeführt:

dungumaro linipinde, d. h. der dungumaro-Geist möge mir den Leib spannen (zu ergänzen: wenn ich das und das nicht tue oder tun werde).

Diese zweite Art der Verwünschungsformeln wurde in früherer Zeit (kwa zamani) nur in den schwerwiegendsten Fällen gebraucht, um sich von dem Verdacht eines schweren Verbrechens zu reinigen, also nur in Strafsachen. Später verwischten sich insbesondere in der jüngeren Generation diese Unterschiede [71]).

Zur Bekräftigung des Abschlusses eines Vertrages ist jetzt das Auswechseln eines Händedrucks üblich, z. B. beim Kauf [72]). Oder man begnügt sich, nach Beendigung der Verhandlungen durch Frage und Antwort die erfolgte Vereinbarung förmlich festzustellen [73]).

4. Der Begriff der Zinsen ist den Suaheli an sich unbekannt. Er ist durch Araber und Inder eingeführt worden. Suaheli untereinander nehmen auch heute noch keine Zinsen, Araber von den Suaheli manchmal — obwohl es nach dem Koran unter Muhammedanern verboten ist —, die Inder immer [74]).

Als Ersatz für die Zinsen tritt häufig eine Erhöhung der Schuldsumme ein, wenn der Gläubiger nach Fälligkeit eine Fristverlängerung bewilligt [75]).

---

[71]) Vgl. im einzelnen Desturi, S. 277 (334/335).

[72]) Vgl. J. Kohler, Banturecht, S. 49, ferner Steinmetz, Bericht über die Wagogo, S. 202: „Der Kauf wird durch häufiges Händeschütteln abgeschlossen."

[73]) So Mtoro Bakari.

[74]) So Mtoro Bakari. — Vgl. dazu Eberstein, S. 177: „Die Schuld vergrößerte sich nicht mit der Länge der Zeit, sondern blieb stets dieselbe. Auch die Araber haben keine Zinsen verlangt."

[75]) Vgl. den folgenden Paragraphen S. 141.

5. Die Schuld geht auf den Erben über, mag er gesetzlicher oder Testamentserbe sein[76].

§ 9.

4. Der Schuldtrieb.

a) Die Beitreibung der Schuld erfolgte in ältester Zeit durch Selbsthilfe. Der Gläubiger bietet die ihm verbundenen Leute auf, um bewaffnet vom Schuldner Befriedigung zu suchen. Zahlt er die Forderung nicht, so nimmt man ihm mit Gewalt einen Sklaven oder sonstiges Eigentum fort. Der Schuldner kann aber gleichfalls Hilfe von Freunden und Verwandten erhalten, und dann kommt es nicht selten über die Forderung zum Kampf[77].

b) Späterhin begibt sich der Gläubiger mit dem kijiti, den mafundo und den Zeugen der Vertragsverhandlung zum Schuldner. Der Ausgleich erfolgt jetzt ohne Kampf, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig ist. Der Gläubiger bewilligt regelmäßig eine Fristverlängerung. Der Schuldner übergibt dem Gläubiger ein neues kijiti und neue mafundo. Gleichzeitig wird die Schuldsumme erhöht[78]. Dieses Verfahren stellt eine Art Novation dar. An Stelle der alten tritt eine neue Verbindlichkeit ohne Aenderung des Schuldgrundes. Späterhin wird das zweite kijiti durch eine neue Schuldurkunde ersetzt.

Eine schärfere Form des Schuldtriebs ist die Pfandsklaverei. Sie greift namentlich Platz, wenn die Fristverlängerung fruchtlos gewesen ist. Der Schuldner übergibt seinen Neffen (den Sohn seiner Schwester: ḿpwa) als Sklaven auf bestimmte Zeit entweder einem Fremden, um mit dem Erlös den Gläubiger zu befriedigen, oder dem Gläubiger selbst. Er muß innerhalb der Frist versuchen, durch Arbeit — z. B. durch Unter-

---

[76]) Vgl. Desturi, S. 348 (409) und 364 (423).

[77]) Vgl. ebenda, S. 310 (370).

[78]) So Mtoro Bakari.

nehmung einer Handelskarawane — oder auf andere Weise das Geld zu seiner Auslösung zu beschaffen [79] [80]). Sind Neffen nicht vorhanden, so tritt an ihre Stelle der jüngste Bruder [81]). Fehlt auch dieser, so muß sich der Schuldner selbst als Pfandsklaven hergeben [82]). Wahrscheinlich erst in einer späteren Zeit werden die eigenen Kinder [83]) und Sklaven zu Pfandsklaven verwendet. Die Frau des Schuldners ist grundsätzlich von der Verpfändung ausgeschlossen. Die Pfandsklaven dürfen niemals verkauft werden. Die Hingabe als Pfandsklave erfolgt in der früheren Zeit nach Verhandlung vor dem Jumben.

c) Formen des Schuldtriebs aus arabischer Zeit sind die Schuldhaft (Einsperrung des Schuldners: kufunga) [84]) und die Bankerotterklärung (kufilisi, jemanden für bankerott erklären),

---

[79]) Die Arbeit des Pfandsklaven gilt also nicht als die Rückzahlung an den Gläubiger. Für die Arbeit erhält er Kleidung, Kost und Wohnung. So Mtoro Bakari. — Anders Desturi, S. 320 (380): seine — des Pfandsklaven — Arbeit ist der Gewinn (fáyida) des Gläubigers.

[80]) Der Neffe wird als der dem Schuldner verwandtschaftlich Nächststehende dem Gläubiger übergeben: Rest von Mutterrecht. — Ebenso bei den Wazaramu, vgl. Safari, S. 215/216 (236). Interessant ist, daß früher der Mann für arm galt, der keine Neffen und Nichten besaß, mochte er auch etwas Geld, Ländereien oder eigene Kinder haben. War seine verheiratete Schwester unfruchtbar, so suchte er auf jede Weise ihre Schwangerschaft zu befördern.

[81]) Die Pfandsklaverei zu Gunsten des Schuldners tritt insbesondere dann ein, wenn es sich um „maneno makubwa“, ernste Angelegenheiten, handelt. Als solche gilt in erster Linie die Verpflichtung zur Zahlung des Sühnegeldes im Fall eines Verbrechens (Mordes).

Die Ausübung der Pfandsklaverei hat ihren Ursprung in einer Zeit, in der der Familienverband festgeschlossen unter einem Oberhaupt dasteht, der für alle Zugehörigen aus gemeinschaftlichem Vermögen die Bedürfnisse bestreitet und die auf den einzelnen lastenden Verbindlichkeiten ausgleicht, vgl. Post a. a. O., Bd. II, S. 161, Klamroth a. a. O.

[82]) Vgl. auch Büttner, Suaheli-Schriftstücke XLVI, S. 83/84.

[83]) Die Verpfändung ist unabhängig von dem Willen des Kindes. So Mtoro Bakari. — Nach arabischem Recht ist seine Einwilligung erforderlich, vgl. Desturi, S. 320 (380).

[84]) Vgl. Desturi, S. 312 (372).

durch die eine anteilmäßige Befriedigung der Gläubiger herbeigeführt wird [85]).

§ 10.

5. Bürgschaft und Pfand.

Als Sicherungsmittel der Schuld haben sich Bürgschaft (ḍamâna) und Pfand (rahani) entwickelt. Wahrscheinlich zunächst nicht akzessorisch. Bürgschaft- und Pfandverbindlichkeit sind nicht zugleich mit der Entstehung der Schuld eingegangen, sondern erst nach ihrer Fälligkeit unter Neubegründung der Schuld [86]). Der Abschluß eines Bürgschafts- oder Pfandvertrages ist Hand in Hand mit einer Novation der Schuld gegangen. Er stellt demnach zunächst und im eigentlichen Verstande gleichfalls eine Art der Schuldbeitreibung dar.

Die Normen des Bürgschafts- und Pfandvertrags sind jetzt überwiegend die des arabischen Rechts. Ihre wiederholte Darstellung erübrigt sich daher [87]). Nur das Folgende ist hervorzuheben:

1. Der Bürgschaftsvertrag.

a) Nach den Rechtsgewohnheiten der Suaheli kann eine Frau nicht Bürge sein, auch nicht mit Erlaubnis ihres Mannes [88]). Das Gleiche gilt nach Minhâg-Recht.

b) Der Bürge haftet neben dem Schuldner. Der Gläubiger kann sich nach Belieben an den Schuldner oder an den Bürgen halten. Er kann, selbst wenn er einen Teil der Forderung von dem Hauptschuldner eingezogen hat, sich wegen des Restes an den Bürgen wenden [89]) [90]).

---

[85]) Vgl. Eberstein, S. 175. [Entsprechend dem Islamrecht. Rechtsvergl. Studien S. 159 f. — Kohler.]

[86]) Vgl. hierzu Safari, S. 214 (235).

[87]) Vgl. Sachau, Muhamm. Recht, Kap. 3 und 7; Velten, Sitten und Gebräuche, Abschnitte: „Bürgschaft" und „Pfand". [Zeitschrift VI S. 222, 264. — Kohler.]

[88]) So Mtoro Bakari.

[89]) Auf Grund besonderer Vereinbarung kann der Bürge an Stelle des Schuldners die Haftung dem Gläubiger gegenüber übernehmen; so Mtoro Bakari.

[90]) Vgl. Desturi, S. 314 (374).

c) Der Bürge nimmt gegen den Schuldner seinen Regreß.

d) Es gibt zwei Arten der Bürgschaft, bereits nach dem reinen Suaheli-Recht: eine Bürgschaft für die Schuld und eine Bürgschaft der Person [91]. Im ersten Falle ist der Bürge zur Zahlung des Schuldbetrages neben dem Hauptschuldner verpflichtet, im zweiten Falle haftet er für die Herbeischaffung des Schuldners, dafür, daß der Gläubiger nicht die Möglichkeit verliert, sich wegen Befriedigung der Forderung an den Schuldner zu halten. Macht sich der Schuldner aus dem Staube, z. B. von Bagamoyo nach Sansibar, so muß ihn der Bürge von dort herbeischaffen oder auf andere Weise, z. B. durch Erhebung der Klage bei dem Richter in Sansibar, die Befriedigung des Gläubigers sichern [92]. Ebenso hat der Bürge für die Verbindlichkeit einzutreten, wenn der Hauptschuldner stirbt [93].

e) Die Bürgschaftsurkunde [94] (khaṭṭi) lautet:

α) bei Schuldbürgschaft (ḍamâna wa feḍḍa):	β) bei Bürgschaft der Person (ḍamâna wa mtu):
Mimi Hassan bin Hemed el Nebehani ninakaa Daressalama ninamdanimi Musa bin Khatibu anakaa Unguja riali settini anawiwa na Muḥammed	Ich, Hassan bin Hemed el Nebehani [95], wohnhaft zu Dar-es-salam, verpflichte mich als Bürge für Musa bin Khatibu, wohnhaft zu Sansibar,

[91]) Trotz der bestimmten Angaben Mtoro Bakaris muß es zweifelhaft erscheinen, ob das Recht der Suaheli, unbeeinflußt vom arabischen Recht, beide Formen der Bürgschaft entwickelt hat. Allerdings kennen auch die Wazaramu eine Bürgschaft der Schuld und eine Bürgschaft der Person, vgl. Safari, S. 215 (235/236).

[92]) Vgl. Eberstein, S. 174: „Bürgen der Person werden, im Falle sie den Verbürgten nicht herbeischaffen können, zu zahlenden Bürgen.

[93]) Vgl. Desturi, S. 314/315 (376); Büttner a. a. O., XLVII, S. 84.

[94]) Die Beurkundung eines Pfand- und Bürgschaftsvertrages in einem Schriftstück kommt auch vor, vgl. z. B. Büttner a. a. O., XLVII S. 84/85.

[95]) Wörtlich: Ich, Hassan, der Sohn des Hemed, aus dem Geschlecht der N.

	bin Juma anakaa Daressalama.	in Höhe von 60 Realen, die er dem Muhammed bin Juma, wohnhaft zu Dar-es-salam, schuldet.	
Mudda miezi mitatu. Asipomlipa feḍḍa yake jun yangu. Yeye hana da'awa naye.	Die Frist beträgt drei Monate. Wenn er nicht zahlt, muß ich seine Schuld bezahlen. Er (der Gläubiger) darf gegen ihn (den Hauptschuldner) nicht klagen.	Pindi akifa ao akikimbia mda'i wake, mimi lázima kulipa ḥaqqi hii.	Wenn er stirbt oder seinem Gläubiger fortläuft, muß ich diese Forderung bezahlen.
	Shahidi Mwenyi Kondo bin Amiri wa pili Mwenyi Mkun bin diwani Tambasa	Zeuge ist Mwenyi kondo bin Amiri und zweitens Mwenyi Mkun bin diwani Tambasa.	
	Nimeqirri kwa haya.	Ich habe mich hiermit einverstanden erklärt.	
	Wakatabahu Salim bin Sleman biyedehi.	Und geschrieben hat es Salim bin Sleman eigenhändig.	
	Bitarikh muhárram sene elfu thalatha mia esherini na mbili.	Datum: im Monat muharram 1322.	

2. Der Pfandvertrag.

a) Das Pfand[96]) ist regelmäßig Faustpfand. Nur bei Verpfändung eines Hauses oder einer Pflanzung bleibt der Schuldner im Besitz der Pfandsache[97]).

---

[96]) Nach Minhâg-Recht — nicht nach den Rechtsgewohnheiten der Suaheli — kann die Frau im Gegensatz zur Regel nicht nur mit Er-

b) Der Pfandgläubiger hat unbedingtes Benutzungsrecht. Ob und wie weit er das Fruchtziehungsrecht hat, habe ich mit Bestimmtheit nicht feststellen können. Es kommt nach Mtoro Bakari auf den Einzelfall und die getroffene Vereinbarung an. Die Milch einer verpfändeten Kuh wird regelmäßig dem Gläubiger zustehen, aber die Jungen, die die Kuh während der Dauer der Pfandbegebung wirft, gehören dem Schuldner, auch dann, wenn der Gläubiger die Kuh mit dem eigenen Ochsen belegt hat[98]).

c) Die Verwirklichung des Pfandrechts erfolgt durch Verkauf des Pfandes. Der Gläubiger selbst darf unter keinen Umständen den Pfandgegenstand eigenmächtig verkaufen[99]). Der Verkauf erfolgt auf Verlangen des Gläubigers durch den Schuldner. Handelt es sich um ein Haus oder eine Pflanzung, so beauftragt der Schuldner regelmäßig den Krämer (dalali) mit der freihändigen Veräußerung[100]). Nach arabischem Rechtsbrauch wird die Pfandsache durchgängig durch den dalali versteigert (hutiwa mnadani, hutembezwa), eine bewegliche auf dem Markte, ein Grundstück an Ort und Stelle. Aus dem Erlös erhält der Gläubiger den Betrag seiner Forderung, der Ueberschuß wird dem Schuldner ausgehändigt[101]). Der Gläubiger erwirbt in manchen Fällen die Pfandsache auch selbst. Der Gläubiger haftet nicht für den zufälligen Untergang der

---

laubnis des Mannes einen Pfandvertrag eingehen. Es genügt (für die Hingabe und Annahme eines Pfandes), daß zwei männliche Verwandte die Vertragsbedingungen bezeugen, vgl. Desturi, S. 319 (379).

[97]) Vgl. ebenda S. 318|320 (378/381).

[98]) So Mtoro Bakari.

[99]) Vgl. Desturi, S. 320 (381).

[100]) Vgl. Eberstein, S. 174/175: die Pfänder wurden, wenn der Schuldner nicht zur Zeit zahlte, für Rechnung der Gläubiger verkauft, und ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben.

[101]) Der Schuldner hat dem dalali eine Vergütung (ujira) für seine Bemühungen — nach dem Werte des Pfandgegenstands — zu zahlen. Sie beträgt nach Mtoro Bakari ½ bis 1 Rupie.

Pfandsache, er ist nur bei Verschulden zum Ersatze des Schadens verpflichtet[102]).

d) Die Urkunde bei Verpfändung einer Pflanzung lautet, wie folgt:

Mimi Abedi bin Jafari el Kathiri ninakaa Bagamoyo ninaweka shamba langu rahani kwa Ḥajji Musa rupia settini. Mudda miezi miwili.	Ich, Abedi bin Jafari el Kathiri, wohnhaft zu Bagamoyo, verpfände meine Pflanzung dem Hajji Musa für 60 Rupien. Die Frist beträgt zwei Monate.
Ninakaa katika shamba langu lakini sina rukhṣa kuiuza wala kuiweka rahani kwa mtu mwingine illa kumlipa ḥaqqi yake. Na hili shamba i katika mikono yake.	Ich bleibe auf meiner Pflanzung (wohnen), aber ich darf sie nicht einem anderen verkaufen oder verpfänden, außer um ihm (dem Gläubiger) seine Forderung zu bezahlen. Und diese Pflanzung ist in seinen Händen.
Nimeqirri kwa haya.	Ich habe mich hiermit einverstanden erklärt.
Mpaka wa shamba hili kusi Mwenyi Gogo qibla mw'allimu Abdallah maṭla'i njia upande wa maghribu nyumba ya Barak bin Sa'idi.	Nachbar (die Grenze) dieser Pflanzung ist im Süden der Mwenyi Gogo, im Norden der Lehrer Abdallah, nach Osten stößt sie an die Straße, nach Westen liegt das Haus des Barak bin Sa'idi.
Shahidi Amani wa pili Mwinyi Chea.	Zeuge ist Amani und zweitens Mwinyi Chea.
Bitarikh muharram kumi sene elfu thalatha mia esherini na mbili.	Datum am zehnten muharram 1322.
Wakatabahu Abdallah bin Muhammed biyedehi.	Und geschrieben hat es Abdallah bin Muhammed eigenhändig.

II. Besonderes.

§ 11.

1. Der Kauf (be'i).

Die Suaheli haben sich die arabischen Rechtsgrundsätze über den Kauf zu eigen gemacht. Insbesondere gilt das für

[102]) Siehe aber Kohler a. a. O., S. 52: „Daß der Pfandgläubiger für die Pfandsache einsteht, auch wenn ihr Untergang zufällig ist, entspricht

die Unterscheidung zwischen dem endgültigen Kauf — be'i maqt'âa — und dem Kauf mit Vorbehalt des Rücktritts seitens des Käufers oder Verkäufers — be'i khiyari. Ebenso ist, um eine weitere wichtige Vorschrift hervorzuheben, das auf der Bestimmung über den Wucher beruhende Verbot übernommen worden, gleichartige Waren (namentlich Lebensmittel und Edelmetalle) gegeneinander zu verkaufen. Verboten ist der Verkauf von Hirse gegen Hirse, von lebendem Fleisch gegen geschlachtetes. Der Umtausch von Silber gegen Silber ist nur in drei Fällen erlaubt[103]).

Ein Rücktrittsrecht ohne Vereinbarung scheint nach reiner Suaheli-Rechtsgewohnheit üblich gewesen zu sein, wenn das Rücktrittsrecht in angemessener Frist geltend gemacht wurde[104]). Dagegen verneint Mtoro Bakari, daß eine Haftung des Verkäufers für heimliche Mängel, namentlich beim Vieh- und Sklavenkauf in Geltung gewesen sei[105]).

Ein Kaufgeschäft, das in betrügerischer Absicht geschlossen wurde, ist nach Suaheli- und arabischem Recht ungültig[106]).

Wie eine Kaufverhandlung zwischen Suaheli verläuft, mag

---

der universellen Anschauung, die insbesondere auch in Afrika verbreitet ist.“ [Zeitschr. VI S. 224 sagt ausdrücklich, daß die Zufallshaftung des Gläubigers bei den Schafiiten nicht stattfindet. — Kohler.]

[103]) Während die Suaheli bei diesem Grundsatz stehen geblieben sind (vgl. Desturi, S. 317 (378); so auch Mtoro Bakari), haben ihn die Araber in der Praxis durch eine Reihe von Ausnahmen nahezu in sein Gegenteil verkehrt: gleichartige Waren dürfen nicht gegen einander verkauft werden, außer in gleichen Beträgen bei sofortiger Lieferung. Vgl. Sachau a. a. O., Oblig.-Recht, Kap. I, namentlich §§ 3, 9, 15. [Zeitschr. VI S. 214. — Kohler.]

[104]) Mtoro Bakari gibt als regelmäßige Frist einen Zeitraum von drei Tagen an.

[105]) Vgl. dagegen Eberstein, S. 177: „Für heimliche Mängel haftete der Verkäufer nur dann, wenn der Käufer dieselben zu Hause sofort entdeckte und es nötigenfalls mit einem Eide bestätigte.“ Vgl. Steinmetz a. a. O., S. 266: bei den Washambaa Haftung für heimliche Mängel nur beim Viehkauf (Frist: 6 Tage).

[106]) Vgl. Desturi, S. 316 (376).

das folgende typische „shauri“ [107]) über den Kauf eines Rindes zeigen:

Ali: Mohamedi, nataka ñgombe.	Ali: Mohamedi, ich will ein Rind (kaufen).
Mohamedi: ñgombe gani, mume ao ḿke?	Mohamedi: Was für ein Rind, eine Kuh oder einen Ochsen?
A.: mume. — nionyeshe.	A.: Einen Ochsen — zeige mir (ihn).
M.: huyn ñgombe. Unamtaka?	M.: Hier ist das Tier. Willst du es?
A.: ninamtaka. Uza? Rupia ngapi?	A.: Ja. Verkaufst du es? Für wieviel Rupien?
M.: rupia thalathini.	M.: Für 30 Rupien.
A.: rupia thalathin nyingi.	A.: 30 Rupien ist (zu) viel.
M.: rupia ngapi utanipa?	M.: Wieviel willst du mir geben?
A.: rupia ’esherin.	A.: 20 Rupien.
M.: siuzi.	M.: (Dafür) verkaufe ich nicht.
A.: esherini na tano.	A.: 25 Rupien.
M.: siuzi. mwisho wangu: rupia esherini na saba’ u nuṣṣ; ukitaka nunua, kama hutaki mwache.	M.: (Dafür) verkaufe ich (auch) nicht. (Das ist) mein Letztes: 27½ Rupien; wenn du willst, (so) kaufe, wenn du nicht willst, (so) lasse es.
A.: vema. nimenunua kwa esherini na saba’ u nuṣṣ; nawe umeuza?	A.: Gut. Ich habe gekauft für 27½ (Rupien); und du, hast du verkauft (zu diesem Preise)?
M.: nimeuza. Feḍḍa mkononi ao mkopo?	M.: Ja (ich habe verkauft). (Zahlst du) das Geld bar (in die Hand) oder auf Borg?
A.: mkononi.	A.: Bar.
M.: nipe fedda.	M.: Gib mir das Geld.
A.: hizi.	A.: Hier (ist es).
M.: lete mkono.	M.: Gib (mir) die Hand.
A.: Juma na Khamisi mmeeshuhudia, Mohamedi ameniuliza ñgombe mume kwa rupia esherini na saba’ u nuṣṣ?	A: Juma und Khamisi, habt ihr bezeugt, daß Mohamedi mir einen Ochsen für 27½ Rupien verkauft hat?

[107]) Shauri = Verhandlung. Was der Suaheli alles unter „shauri“ begreift, dazu vgl. P. Ant. Rudel: Shauri, a. a. O., S. 106. — In der Kaufverhandlung sind Floskeln und alles Redebeiwerk fortgelassen.

Mashahidi: tumeeshuhudia.	Die Zeugen: (Ja) wir haben bezeugt.
M.: nimekuuliza n̆gombe mume wangu rupia esherini na saba' na nuss.	M.: Ich habe dir meinen Ochsen für 27½ Rupien verkauft.
A.: Nami nimenunua.	A.: Und ich habe gekauft.

§ 12.

2. Die Hinterlegung (amâna).

Die Hinterlegung ist dem Suaheli in früherer (vorarabischer) Zeit unbekannt. Der Suaheli vergrub seinen Schatz unter einem Baume[108]).

Später ist die Hinterlegung sehr gebräuchlich geworden, insbesondere aus dem Grunde, weil die Suaheli in ihrer eigenen leicht gebauten Hütte einen sicheren Aufbewahrungsort nicht haben[109]).

Nach Suaheli und arabischem Recht[110]) ist der Depositar für den Untergang der hinterlegten Sache durch höhere Gewalt nicht haftbar. Er ist nur dann ersatzpflichtig, wenn er die ihm zur Aufbewahrung übergebene Sache an einen Dritten weitergibt, und die hinterlegte Sache dort verloren geht. Das Verschulden und die Ersatzpflicht wird durch die Einwilligung des Eigentümers in die Weitergabe aufgehoben[111]).

---

[108]) So Mtoro Bakari. — Oder in einem Loch im Boden innerhalb der Hütte, vgl. Velten, Märchen u. Erzähl. der Suaheli, Die drei Blinden, S. 65.

[109]) Vgl. Desturi, S. 324 (385). — Getreide, Reis u. s. w. pflegt der Suaheli einem Freunde oder Verwandten zur Aufbewahrung zu übergeben. Geld hinterlegt er beim indischen Kaufmann. Dieser hat die Erlaubnis, das Geld in seinem Handel zu gebrauchen, und verlangt deshalb keine Vergütung für die Hinterlegung. Er gibt die hinterlegte Summe möglichst in Waren zurück.

[110]) Vgl. Sachau a. a. O., Oblig.-Recht, Kap. 25, § 2: Der Depositar haftet nicht für das Depositum, ausgenommen im Fall absichtlich gegen dasselbe begangenen Unrechts. [Zeitschrift VI S. 252. — Kohler.]

[111]) Vgl. Desturi, S. 325 (386). [Zeitschr. a. a. O. — Kohler.]

§ 13.

3. Die Rechtsverhältnisse des Karawanenhandels.

a) An dem Karawanenhandel sind drei Personenkreise (abgesehen von den Eingeborenen im Inneren) beteiligt: in erster Linie die Händler und Unternehmer der Karawane, die den Handel mit den Eingeborenen im Inneren betreiben. Das sind Araber, vornehmlich Suaheli. An zweiter Stelle sind die Großkaufleute zu nennen, die die angemessenen Tauschwaren beschaffen, regelmäßig Inder, und schließlich kommen die Träger in Betracht, die die Lasten den Händlern ins Innere tragen. Sie stammen hauptsächlich aus Uniamwesi.

b) Der Suahelihändler kauft die Waren[112]) bar, häufiger auf Kredit zu hohem Preise. Der Großkaufmann sucht für seine Forderung irgend eine Sicherstellung, sei es Verpfändung eines Hauses oder einer Pflanzung, Stellung eines Bürgen oder Ausstellung eines vom Bezirksamt beglaubigten Schuldscheines[113]). Die Zahlung der Schuld erfolgt aus den eingetauschten Waren, die insgesamt vom Kaufmann zum Preise der Küste — entsprechend der Handelskonjunktur: seari[114]) — übernommen werden. Er zieht den Verkaufspreis der dargeliehenen Tauschwaren ab, außerdem regelmäßig einen weiteren Betrag für das Risiko der Reise als Ersatz von Gefahrenzinsen[115]) und gibt nur den Ueberschuß an Wert dem Suahelihändler als seinen Gewinn heraus[116]). Häufig kehrt die Karawane ohne Erfolg zurück, sei es, weil die Waren im Inneren zu Grunde oder verloren gegangen sind, sei es, weil der Preis

---

[112]) Als Tauschwaren werden verwandt verschiedene Sorten Zeuge, kleine Tücher, rotes Kupfer, Perlen, Muscheln, Gewehre, Pulver u. s. w., vgl. auch Eberstein a. a. O., S. 175. — Die eingetauschten Waren sind namentlich: Sklaven, Vieh, Elfenbein, Kautschuk u. s. w.

[113]) Vgl. Desturi S. 239 (287).

[114]) Vgl. Büttner a. a. O., Schr.-Stück VI, S. 11.

[115]) Aehnlich dem römischen foenus nauticum und quasi nauticum.

[116]) Vgl. Desturi, S. 244 (293).

für die eingetauschten Waren an den Küstenplätzen während des Aufenthalts der Karawane im Inneren [117]) gesunken ist. Der Gläubiger gewährt in solchem Falle regelmäßige Zahlungsstundung und überläßt dem Schuldner im Vertrauen auf seine werbende Kraft neue Waren zur Unternehmung einer zweiten Karawane. Hält es der Gläubiger für angemessen, sofort wegen des Kaufpreises der zuerst auf Borg gegebenen Waren Klage zu erheben, so wird er vom Richter zur Einigung mit seinem Schuldner in dem dargestellten Sinne veranlaßt [118]).

c) Zur Erleichterung des Handels mit den Eingeborenen im Inneren sucht der Suahelihändler Freundschaft (Gast- oder Blutsfreundschaft) mit Angehörigen der von ihm aufgesuchten Stämme [119]), wenn möglich mit ihren Häuptlingen und Vornehmen zu schließen. Diese ziehen die anderen Leute zu regem Tauschgeschäft herbei [120]).

Der Tausch ist das einzige bei diesem Handel in Betracht kommende Rechtsgeschäft. Die Rechtsformen vollziehen sich mehr nach den Anschauungen der Leute aus dem Inneren als nach dem Recht der Suaheli. Aus natürlichen Gründen. Der Suaheli ist es, der aus dem Handel Gewinn sucht. Aber die

---

[117]) Der Aufenthalt im Inneren wird durch die Langwierigkeit der Verhandlungen mit den Eingeborenen in die Länge gezogen.

[118]) Vgl. Desturi, S. 310/311 (370/371).

[119]) Die Suaheli haben früher namentlich Uniamwesi Unyanyembe, Manyema und Ugemda besucht. So Mtoro Bakari.

[120]) Nach Eberstein, S. 176 wird der Handel in den Wangindo-Wayao-, Mbisa-, und Nindi-Ländern in anderer Weise betrieben. Der Karawanenmann hat dort mehr die rechtliche Stellung eines Kommissionärs. Er besucht seine dortigen Freunde, er verschenkt an sie seine mitgebrachten Waren und lebt bei ihnen als Gast. Bei der Rückkehr gehen Leute (des Eingeborenenstammes) mit marktgängigen Waren, die an der Küste verkauft werden sollen, mit. Der Händler erhält für jeden abgeschlossenen Kauf Waren in entsprechendem Wert als Provision.

Ein ähnliches Verfahren wurde in früher Zeit von den Suahelihändlern aus Bagamoyo und Dar-es-salam beobachtet, wenn sie ins Innere reisten, um Träger anzuwerben. So Mtoro Bakari.

Anpassung kann ihm nicht schwer werden. Man muß bedenken, daß in der Grundlage die Rechtsgewohnheiten der sämtlichen Bantuneger verwandt sind [121]).

d) Die Träger (wapagazi) werden für die Dauer des Karawanenunternehmens mitsamt ihren Aufsehern (wanyampara) und einem oder mehreren Führern (kirongozi, virongozi) in Dienst genommen. Sie erhalten ihren Lohn entweder ganz vor Aufbruch der Karawane oder die Hälfte beim Beginn der Reise, die andere Hälfte nach der Rückkehr [122]). Die Aufseher erhalten einen entsprechend höheren Lohn [123]). Außerdem erhalten sie ein Verpflegungsgeld — posho — in bestimmter Höhe. Das Trägerpersonal ist dem Unternehmer der Karawane (mwenyewe bwana) zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet. Er ist Herr und Gebieter der Karawane (allein oder in Gemeinschaft mit anderen teilnehmenden Kaufleuten). Diese Stellung äußert sich auch darin, daß den Unternehmern von der unterwegs erlegten Jagdbeute ein bestimmter Anteil wie sonst nur dem Häuptling gebührt [124]).

Die Träger sind zu sorgsamer Behandlung der ihnen übergebenen Last verpflichtet. Ein Träger, der absichtlich — maqsudi — eine Beschädigung herbeiführt, hat für den Schaden aufzukommen oder erhält Strafe. Für einen Schaden, der ohne sein Verschulden oder aus bloßer Unachtsamkeit entstanden ist, haftet er nicht [125]).

---

[121]) Z. B. im Handel mit Unyanyembe wird der Abschluß des Vertrages ebenfalls durch Auswechseln eines Händedrucks bekräftigt, vgl. Desturi, S. 242 (291).

[122]) Vgl. Desturi, S. 240 (288).

[123]) So Mtoro Bakari.

[124]) Vgl. Eberstein, S. 177. — Für die Karawanen nach Ukamba und ins Massailand vgl. Post, Bd. II, S. 164.

[125]) So Mtoro Bakari. Vgl. auch Eberstein wie Anm. 124.

Zweites Hauptstück.

Die politische Organisation.

§ 14.

I. Im Allgemeinen.

Soweit Nachrichten über die Suaheli vorhanden sind, ist bei ihnen immer die Dorfverfassung in Geltung gewesen. Mitteilungen über die ältesten Zeiten fehlen. Aber es ist bemerkenswert, daß der Suaheli noch heutzutage den Zusammenhang der Familie stark hervorhebt; er ist genau über seine Herkunft und Voreltern unterrichtet [126]), und kann häufig seinen Stammbaum [127]) sehr weit hinauf verfolgen. Ebenso sind die Anmerkungen Ebersteins S. 174 zu beachten:

> Alle Streitigkeiten wurden von den Aeltesten geschlichtet. Schwierige Sachen wurden von denselben dem lebenden Stammvater oder Häuptling zur Entscheidung unterbreitet. Ganz schwierige Fälle wurden von allen Stammvätern in einer gemeinsamen Sitzung beraten. Konnten diese sich nicht einigen, so gingen die streitenden Parteien zum Mfalme Jussuf esh Shirazi, später Mfalme Hassan nach Kisiwani.

Neben dem Häuptling — mfalme, König, ist eine Suahelibezeichnung für Häuptling — haben die Aeltesten und Stammväter, d. h. die Oberhäupter der Familie einen wesentlichen Einfluß auf Rechtsprechung und Ordnung der Staatsgeschäfte. Erinnert man sich weiter, daß noch bis zur deutschen Herrschaft ein Suaheli in der Lage war, seinen Neffen oder seinen jüngsten Bruder eigener Schulden wegen in die Pfandsklaverei zu geben, so wird man in der Annahme nicht fehl gehen, daß bei den Suaheli vor der Dorfverfassung eine ge-

---

[126]) Vgl. auch w. u., S. 178, § 22, III, unter 1.

[127]) Vgl. auch Post a. a. O., Bd. I, S. 35.

schlechtsgenossenschaftliche Organisation[128]) stattgehabt hat. Das Familienhaupt ist vordem zugleich das politische Oberhaupt gewesen.

Zur Zeit der Dorfverfassung sitzen die Suaheli in einzelnen Ortschaften. Sie sind sich der Stammesverwandtschaft bewußt, aber eine Zusammenfassung irgend welcher Art ist nicht vorhanden. Mehrere Ortschaften vereinigen sich auch nicht zu einem Distrikte. Ja, die einzelnen Ortschaften führen, zumal in früherer Zeit, gern und häufig Krieg miteinander[129]).

Jede Ortschaft (mji) hat ihren Häuptling (jumbe). Die Benennungen sind mannigfaltig (vgl. weiter unten, § 15, S. 157). Der Jumbe ist von Würdenträgern umgeben, aber er allein entscheidet. Die Dorfverfassung ist monarchisch zugespitzt. Der Jumbe ist ein kleiner König in seinem Bezirk. Wohl kommen in größeren Ortschaften zwei oder drei Jumben vor, aber einer ist es immer, der die Leitung des Gemeinwesens in Händen hat: der vornehmste, das ist derjenige, der von Vater- und Mutterseite am meisten mit Jumbenfamilien verwandt ist[130]). Der zweite Jumbe im Ort gelangt mit dem Tode des ersten für die Dauer des Interregnums in beschränktem Umfang zur Geltung. Während des Trauerjahres kann nämlich der Nachfolger in der Jumbenwürde sein Amt nicht antreten.

Das Volk als solches hat keinen Anteil an der Staatsgewalt. Es ist wohl zugegen, wenn der Jumbe Recht spricht[131]), es wird versammelt[132]), um Entschlüsse des Jumben zu ver-

---

[128]) Vgl. Post a. a. O., § 20, das geschlechtsgenossenschaftliche Häuptlingstum (S. 50—57).

[129]) So Mtoro Bakari.

[130]) So Mtoro Bakari.

[131]) Ueber einen Fall beschränkter Teilnahme der Versammelten an der Rechtsprechung vgl. w. u. S. 161, Anm. 159 (§ 16, 2 a, γ).

[132]) Die Einberufung erfolgt, wie alle Bekanntmachungen früher, durch den Ausrufer: mpiga biu. Er geht mit einem großen Büffelhorn (mbiu ya shōmvi) umher, an das mit einem Stock geschlagen wird, vgl. Desturi S. 222 (221) (269).

nehmen, vor Beginn eines Krieges, um Bericht über die Lage zu hören, aber jede selbständige Willensentfaltung in geordneter Volksversammlung fehlt ihm.

II. Das Jumbentum.

§ 15.

1. Die Entstehung und Entwicklung. Das Verhältnis zu pazi und mwene.

Die Entstehung und Entwicklung des Jumbentums wird nach den Erzählungen der Suaheli [133]) mit den Einwanderungen Fremder in Verbindung gebracht. Die Fremden stammen aus Persien [134]) und den Somaliländern (Barawa). Die letzteren sollen Männer mit gelber Gesichtsfarbe gewesen sein [135]). Ihre Schiffe strandeten an der deutsch-ostafrikanischen Küste. Sie heirateten eingeborene Frauen und wußten sich bald durch ihre überlegene Kultur und Geschenke im Einverständnis der Einheimischen an die Spitze des Volkstums zu stellen [136]). Ihre Familien — die barawi-hatimi und shirazi [137]) — verbreiteten

---

[133]) So Mtoro Bakari.

[134]) Eine Vermischung mit persischen Volkselementen hat ohne Zweifel stattgefunden.

[135]) Damit sind wohl Araber gemeint. Barawa (Brawa, Guillain a. a. O. schreibt, vgl. z. B. S. 570: Braoua) ist mit die älteste arabische Kolonie an der Ostküste von Afrika.

Vgl. auch eine ganz ähnliche Erzählung über die Einwanderung des Adelsgeschlechtes der Washambaa, der Wakilindi bei Steinmetz a. a. O., S. 242; siehe auch Storch a. a. O., S. 311.

[136]) Auf die Frage, wer vor den Jumben Häuptling gewesen sei, antwortete Mtoro Bakari: vordem gab es nur einen mwenyi mkubwa (großer Herr), hervorragend durch Familie und Vermögen. Vielleicht waren mehrere im Ort „wenyi wakubwa", aber nur auf einen hörten alle.

[137]) Das Wort „shirazi" ist persisch und bedeutet Löwenleute. Unter shirazi ist aber jedenfalls nicht ein Geschlecht von persischen Kolonisten, sondern Angehörige des Einwandererstammes der „Shirasi" zu verstehen.

sich über die ganze Küste von Kilwa bis Pangani und erlangten überall die Jumbenwürde. Der größte Teil der Jumben (nach Mtoro Bakari: alle) stammen aus einer dieser beiden Familien [138]). Noch heute wird ihrem Namen die Bezeichnung: el barawi — el hatimi oder el shirazi hinzugefügt.

Die Jumben an den einzelnen Küstenplätzen führen die verschiedensten Beinamen [139]). Sie heißen von Bagamoyo bis Dar-es-salam „shomvi" (wenyi chumvi — Salzbesitzer) [140]), in Winde (nördlich von Bagamoyo) „makame ya shani" und „ukasim", von Gama bis Saadani „mwekambi" [141]).

Die Häuptlinge der Wazaramu und Wadoē im unmittelbaren Hinterlande von Bagamoyo und Dar-es-salam führen den Namen „pazi" und „mwene". Die Geschlechter der pazi und mwene stehen in naher Verwandtschaft miteinander [142]).

Die pazi und mweme halten sich für vornehmer und höher im Rang als die Jumben und mwekambi. Sie verkehren nicht

---

Sie sind Suaheli von der Lamuküste. (Vgl. auch Das überseeische Deutschland, D.-Ostafrika, A. Seidel, S. 397, Abschn. 14.)

Sie dünkten sich vornehmer als die übrigen Eingeborenen der Küste und haben eine bevorzugte Stellung beansprucht und eingeräumt erhalten.

[138]) Velten unterscheidet im Gegensatz zu Mtoro Bakari die „barawi" und „hatimi" als zwei gesonderte Jumbenfamilien, vgl. Mitteil. des Sem., S. 79, Anm. 4.

Guillain, S. 570/571 spricht von „deux tribus chérifs: Bidda et Hhattémia" als Bestandteilen der Bevölkerung von Barawa. Die „hatimi" haben jedenfalls als Abkömmlinge dieser Araber aus Barawa ihrem Namen den Zusatz „el-barawi" hinzugefügt, daher die Zusammenstellung: „el barawi - el hatimi".

[139]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 (77).

[140]) Nach Mtoro Bakari haben die fremden Ankömmlinge von den Eingeborenen diesen Beinamen erhalten (wegen der großen Menge Salz, die sie bei sich führten).

[141]) Nach Velten, Reiseschilderungen, S. 155, Anm. 3 führen den Beinamen „mwekambi" die Jumben von Gama bis Uvindje.

Die von Velten, Mitteil. des Sem. S. 40 (77) erwähnte (persische) Bezeichnung: „diwani" als übliche Anrede für die Jumben von Winde bis Saadani wird nach Mtoro Bakari für alle Jumben gebraucht.

[142]) Vgl. Velten, Reiseschilderungen, S. 154.

als gleiche mit ihnen. Bei Zusammenkünften sitzen der pazi und mwene auf Stühlen, während für die Jumben nur unten auf dem Boden Matten ausgebreitet werden [143]).

Das Gefühl der Geringschätzung erwuchs aus einem Kriegszug des pazi von Kutu gegen die Jumben des seinem Gebiet entsprechenden Küstenlandes. Sie unterwarfen sich ihm und mußten sich verpflichten, Tribut in Gestalt von Stoffen (nguo) zu zahlen. Er betrachtet sich seitdem als Herr und Eigentümer auch des Küstenlandes. Andere pazi ahmten sein Beispiel nach und machten die Jumben gleichfalls abgabenpflichtig. Die Jumben erkannten die Oberhoheit der pazi auch in der Weise an, daß sie ihnen schwierige Rechtsangelegenheiten ihrer Leute zur Entscheidung unterbreiteten [144]). Die Steuern fielen später unter der arabischen Herrschaft fort, auch die Anschauung, daß den pazi das Eigentumsrecht am Grund und Boden der Küste zustehe, schwand wieder — aber das Gefühl der pazi, vornehmer als die Jumben zu sein, blieb bestehen [145]).

Innerhalb ihres Bezirks und zu den Leuten ihrer Ortschaft ist aber die Stellung der pazi und der Jumben — von kleinen durch die örtliche Lage bedingten Unterschieden abgesehen — die gleiche.

2. Die Rechte und Pflichten des Jumben.

§ 16.

a) Die Rechte des Jumben.

Der Jumbe ist theoretisch der Träger aller Rechte in seinem Bezirk [146]). Er hat das Recht, zu befehlen und An-

---

[143]) Vgl. Safari, S. 209 (229). Der Aberglaube besteht, daß pazi und jumbe und mwene und mwekambi einander nicht sehen dürfen, wenn sie zu Beratungen zusammenkommen. Geschieht es doch, so muß einer von beiden sterben. (Dagegen schadet es nichts, wenn mwene und jumbe, pazi und mwekambi einander sehen.)

[144]) Vgl. Desturi S. 305 (365).

[145]) Vgl. im einzelnen Safari, S. 141—143 (155—157).

[146]) Vgl. Kohler a. a. O., § 46.

spruch auf Gehorsam[147][148]). Aber tatsächlich und namentlich in späterer Zeit ist das Verhältnis des Jumben zu seinen Leuten mehr ein patriarchalisches. Er hat keineswegs Gewalt über Leben und Tod[149]), Vermögen seiner Untertanen[150]). Er ist nicht in der Lage, Gesetze zu erlassen. Aber er kann — freilich wird er von dieser Befugnis im eigenen Interesse nicht häufig Gebrauch machen — von dem durch mündliche Tradition fortgepflanzten Gewohnheitsrecht abgehen und nach freiem Ermessen Anordnungen verfügen.

Das Allrecht des Jumben zeigt sich im einzelnen

α) erstens in seinem umfassenden Recht am Grund und Boden, das oben ausführlich besprochen wurde. Bereits hervorgehoben wurden auch die Reihe der Abgaben, die auf dieses Verfügungsrecht über den Grundbesitz zurückzuführen sind.

β) Der Jumbe ist in zweiter Linie der Leiter des Gemeinwesens. Als solcher empfängt er fremde Besuche und macht, wenn ich mich dieses Ausdrucks bedienen darf, die Honneurs seines Platzes. Er überreicht den ankommenden Fremden[151]) Geschenke, und diese erweisen ihm ihre Ehr-

---

[147]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 46 (84): „Die Jumben wurden von ihren Untertanen und ihren Leuten sehr gefürchtet (wakiogopwa sana)."

Vgl. für die Wadoē Safari, S. 155 (171): Den Befehlen des mwene gehorchen die Wadoē absolut (wanaisikiliza sana).

[148]) Vgl. für die Wazaramu auch Post a. a. O., S. 198: „Bei den Wazaramu haben die Häuptlinge nur Macht durch Reichtum und persönliche Eigenschaften."

[149]) Er hat höchstens das Recht, einen Suaheli (oder einen Fremden, der sich zu seinem Aerger dauernd ungebührlich aufführt, zum Verlassen des Ortes zu nötigen. So Mtoro Bakari. — Diese Befugnis scheint arabischer Rechtsübung entsprungen zu sein, vgl. Velten, Märchen, z. B. S. 23, 31, 184.

[150]) Der Jumbe kann nur aus Freundschaft (kwa urafiqi) von einem Ortseingesessenen verlangen, daß er ihm dieses oder jenes auf Borg gebe. Ist aber der andere ebenfalls in Verlegenheit, so darf er vom Jumben den gleichen Liebesdienst erwarten. So Mtoro Bakari.

[151]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem. S. 41 (79).

erbietung. Er erteilt Fremden die Erlaubnis zur Niederlassung, insbesondere fremden Kaufleuten (Banyanen). Er überläßt dem Handelsmann ein Haus zur Miete und läßt ihm die Sitten und Gebräuche seines Landes mitteilen. Er als der mwenyi mji, Besitzer des Orts, erhält eine bestimmte jährliche Mietzinszahlung und außerdem andere Abgaben für die Niederlassungserlaubnis. Bei jeder außergewöhnlichen Gelegenheit hat der Kaufmann dem Jumben ein besonderes Geschenk zu machen[152]). Als Leiter des Gemeinwesens — eigensüchtige Gründe sprechen natürlich erheblich mit — sucht der Jumbe fremde Karawanen aus dem Inneren in seinen Ort zu ziehen. Er sendet ihnen seine Leute entgegen und bereitet ihnen einen festlichen Empfang. Er erteilt der Karawane die Erlaubnis, Handel zu treiben, und erhält hiefür eine bestimmte Abgabe[153]). Er gibt auch den anderen im Ort anwesenden fremden Händlern (den Indern und Shihiri-Arabern) die Erlaubnis, mit der Karawane in Handelsverkehr zu treten, und erhält von jedem abgeschlossenen Kaufgeschäft eine bestimmte Gebühr[154]).

Dagegen steht dem Jumben gegen die Eingesessenen — das muß betont werden — ein allgemeines Besteuerungsrecht nicht zu[155]). Eine Belastung der Gesamtheit findet auch nicht in der Weise statt, daß auf den von dem Jumben in Angriff genommenen Shamben Feldarbeit unentgeltlich zu leisten ist. Der Jumbe ist auf Grund seiner Stellung nicht verhindert, persönlich an der Bebauung teilzunehmen[156]).

---

[152]) Vgl. Velten, ebenda, S. 43 (80, 81). Bemerkenswert ist, wie der Jumbe seine Machtstellung dem Kaufmann gegenüber auszunutzen weiß.

[153]) Vgl. im einzelnen Velten, Mitteil. des Sem., S. 45/46 (81/82).

[154]) Der Jumbe erhält als der Oberste im Ort noch eine weitere Abgabe. Wenn ein Suaheli ein Rind schlachtet, wird ihm der Höcker (nundu) als der beste Teil des Fleisches überwiesen. Vgl. Desturi, S. 227 (275).

[155]) So Mtoro Bakari.

[156]) Er wird allerdings in der Regel seine Sklaven allein die Feldarbeit verrichten lassen. Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 (78):

γ) Ein weiteres Recht des Jumben — das vornehmste und einschneidenste Recht — ist seine Gerichtsgewalt. Er entscheidet in allen Rechtsstreitigkeiten, bei denen naturgemäß die Grenze zwischen bürgerlichen Rechtsfällen und Strafsachen noch nicht streng gezogen ist. Die Verhandlungen sind mündlich und öffentlich. Sie finden auf der baraza, der Veranda seines Hauses statt[157]). Der Jumbe verhört die Angeklagten und verhandelt mit den Parteien, er fragt die Zeugen ab und fällt die Entscheidung. Seine Würdenträger[158]) sitzen zwar neben ihm, aber sie haben keine entscheidende Stimme. Sie haben nur das Fragerecht und können den Jumben auf besondere Umstände und namentlich auch darauf aufmerksam machen, daß er bei seinem Spruch diesen oder jenen Rechtsbrauch zu berücksichtigen habe. Eine Mitwirkung der versammelten Menge bei der Entscheidung findet nicht statt[159]).

„Der Jumbe lebt mit seinen Sklaven; die Sklaven bestellen das Feld, und er, der Jumbe, sitzt in seiner baraza (Vorhalle des Hauses = Gerichtshalle) und regelt die Geschäfte seines Gebiets.“ Können die Sklaven die Bestellung ohne Hilfe nicht bewältigen, so werden die anderen Suaheli in derselben Weise, wie oben S. 132 ausgeführt wurde, zur Unterstützung eingeladen.

Vgl. für die Wazaramu Safari, S. 210 (231): „Die nächste Beschäftigung des pazi besteht im Feldbau. Er und seine Leute bestellen die Felder.“

Anders bei den Wadoē, vgl. Safari, S. 157 (173): „Der mwene selbst nimmt niemals eine Hacke in die Hand, nur seine Frauen, seine Sklaven, und die, welche für eine gute pombe (einheimisches Bier) zur Arbeit eingeladen werden, beteiligen sich an der Feldarbeit.“

[157]) Bazara ist auch jetzt noch der Ausdruck für die besondere Halle, in der die Gerichtssitzungen stattfinden.

[158]) Siehe w. u. § 20, 4, S. 173 ff.

[159]) Nur Desturi, S. 308 (368) erwähnen einen Fall, in dem die Anwesenden zur Rechtsprechung vom Jumben herangezogen werden, zur Abschätzung des Bußwertes einer Verletzung. Auf seine Aufforderung treten aus den versammelten Leuten drei oder vier verständige Männer hervor und nennen die Summe, auf die sich nach ihrer Schätzung der durch die Verletzung erwachsene Schaden beläuft.

Die Gerichtsgewalt des Jumben erstarkt aus kleinen Anfängen und überwindet nur allmählich die Selbsthilfe. In Strafsachen hat das Urteil des Jumben zunächst nur bedingte Geltung. Es kommt darauf an, ob die Parteien seinen Spruch billigen. Finden sie das Urteil nicht annehmbar, so greift wieder die Selbsthilfe ein — namentlich in Mordsachen und anderen schwerwiegenden Fällen (maneno makubwa) — nur nicht mehr ungehemmt und frei, sondern unter der passiva assistentia des Jumben[160])[161]). Der Fortschritt ist einleuchtend. Je mehr das Urteil des Jumben als maßgebend anerkannt wird, desto mehr treten die Anwendungsfälle der Selbsthilfe zurück, und wenn sie noch Platz greift, wird sie durch die Anwesenheit des Jumben vor der Ausartung ins Uferlose bewahrt. In der weiteren Entwicklung kommt das Wahlrecht der verletzten Partei zwischen Anwendung des Talionsrechtes und der Auferlegung eines Sühnegeldes zur Ausbildung[162]). In der Hauptsache liegt die Entscheidung noch immer bei dem Verletzten, der Jumbe muß nach dem Ausfall seiner und seiner Sippe Wahl das Urteil fällen. Aber seine Autorität macht sich in der Weise geltend, daß auf sein Anraten und Zureden

---

Der Jumbe erscheint hier als „Frager des Rechts". Er urteilt nach dem Urteilsvorschlage des „Umstands". Doch steht der versammelten Menge nicht zu, seinem Spruch das „Vollwort" zu erteilen. Vgl. Brunner, Grundzüge der deutsch. Rechtsgesch., S. 16.

[160]) Vgl. über den Hergang im einzelnen Desturi, S. 305 (365).

[161]) Oder trotz der anerkannten Urteilsgewalt des Häuptlings (mwene) suchen sie Befriedigung im Wege der Selbsthilfe, vgl. Safari S. 156 (172). Der Verletzte mit seiner Verwandtschaft lauert dem Täter und seiner Sippe auf dem Wege auf, oder sie rüsten zum Krieg, um das Haus und Dorf des Täters in Brand zu stecken. Der mwene muß mit Gewalt die Beteiligten ergreifen lassen, um sie vor sein Forum zu ziehen und seinem Spruch zu unterwerfen. — Diese für die Wadoë berichteten Tatsachen sind außerordentlich interessant, weil sie gerade den Uebergang von Selbsthilfe und Fehde zu geordneter Rechtsprechung zeigen. — Vgl. auch Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 255 und die dort zit.

[162]) Vgl. Desturi, S. 307/308 (367/369).

der Verletzte sich mit dem Sühnegeld zufrieden gibt[163]). Ist der Schuldner (der Täter) arm und zahlungsunfähig, so nimmt ihn der Jumbe als Pfandsklaven an und legt die Schuldsumme vor[164]). Von dieser Stufe bis zu der weiteren, daß der Jumbe dem Täter sofort eine dem Frevel entsprechende Sühnegeldsumme auferlegt, ist nur ein kleiner Schritt[165]). Dabei ist zu bemerken, daß der Jumbe regelmäßig in der Festsetzung des Sühnegeldes an das Herkommen und insbesondere bei Körperverletzungen wichtiger Glieder, wie im römischen und namentlich im germanischen Recht, an feste Normen (Taxen) gebunden ist[166]), daß die Auferlegung dieser Sühnegeldsumme immer nur die Zuerkennung eines privatrechtlichen Schadensersatzes, niemals die Auferlegung einer öffentlichen Strafe bedeutet. Dahin, daß der Jumbe eine Strafe im eigentlichen öffentlich-rechtlichen Sinn verhängt, ist es nur bei Diebstahl und in Bagatellsachen (wörtliche und tätliche Beleidigung, gegenseitige Tätlichkeiten) gekommen. Der Dieb wird mit Stockschlägen bestraft und vermahnt[167]); die Teilnehmer an der Schlägerei und dem Zank werden nach Gutdünken mehrere Tage eingesperrt[168]).

In gleicher Weise nimmt in Nichtstrafrechtssachen die Gerichtsgewalt des Jumben ihren Ausgang von der Selbsthilfe. Der Gläubiger sucht sich, wie bereits S. 141 ausgeführt wurde, mit Gewalt unter dem Beistande seiner Freunde Befriedigung zu verschaffen[169]). Erst mit der Zeit werden alle Rechtsfälle

---

[163]) Siehe ebenda. [164]) Vgl. Safari, S. 156 (172).

[165]) Vgl. Safari, S. 156 (172; Ehebruch: Urteil des mwene); ferner ebenda S. 212 (233; Körperverletzung, Ehebruch: Urteil des pazi).

[166]) Vgl. Desturi, S. 308 (368).

[167]) Daneben wird ihm die gestohlene Sache abgenommen, vgl. Desturi, S. 303 (363). — Anders bei den Wazaramu. Der Dieb wird an erster Stelle zu Geldstrafe (Wertersatz) verurteilt. Nur im Unvermögensfalle trifft ihn Haftstrafe (öffentliche Strafe), vgl. Safari 211/212 (232).

[168]) Vgl. Desturi, S. 308 (368).

[169]) Außergerichtliche (Privat-) Pfändung, vgl. die Analogie im german. Recht, Brunner a. a. O., S. 22.

vor den Jumben gebracht. Der Jumbe wirkt dahin, daß der Gläubiger nicht in krasser Weise durch Verkauf des Vermögens des Schuldners seine sofortige Deckung herbeiführt, er veranlaßt ihn, eine Fristverlängerung zu bewilligen und zur Sicherheit einen Neffen, Bruder oder Sohn als Pfandsklaven anzunehmen. Wie in Straffällen wird auch hier der Jumbe selbst die geschuldete Summe darleihen und dafür den Schuldner als Sklaven annehmen.

Die Gerichtsgewalt des Jumben erstreckt sich auch auf die „freiwillige Gerichtsbarkeit". So berichtet Mtoro Bakari von den Wazaramu:

> „Starb der Neffe oder die Nichte und deren Erbschaft wurde verteilt, so versammelte sich die ganze Familie und begab sich zum pazi (wakenda barazani kwa pazi), wo Erbschaftsangelegenheiten geordnet wurden" [170]).

δ) In letzter Linie ist der Jumbe oberster Kriegsherr. Er entscheidet, ob und wann Krieg begonnen und wie er geführt wird [171]). Durch die große Trommel (wahrscheinlich: mkwiro, vgl. weiter unten S. 165, Anm. 179, die auf den Befehl des Jumben geschlagen wird, wird den Untertanen der Beginn von Feindseligkeiten kundgetan. Sie versammeln sich vor der Halle des Jumben, um seine Befehle entgegenzunehmen. Ob der Jumbe persönlich an dem Kriegszug teilnimmt oder in seinem Dorfe verbleibt, habe ich nicht feststellen können. Wahrscheinlicher ist das Letztere [172]). Sehr häufig ist von den Jumben die Hilfe der hinter ihnen wohnenden pazi in Anspruch genommen worden [173]).

---

[170]) Vgl. Safari, S. 217 (238). — Ebenso werden Bürgschaftsverträge vor dem pazi abgeschlossen. Er soll die Uebernahme der Bürgschaft bezeugen und dem Gläubiger das Kijiti (Hölzchen) aushändigen, Safari, S. 214 (235).

[171]) So Mtoro Bakari.

[172]) Bei den Wadoē kämpft der mwene nur dann selbst mit, wenn seine Stadt angegriffen wird (vita vinapoingia katika mji), Safari, S. 158 (174).

[173]) So Mtoro Bakari.

§ 17.

b) Die Ehrenrechte des Jumben insbesondere.

α) Die äußeren Zeichen der Würde. Das wichtigste Zeichen der Würde des Jumben ist der Turban (kilemba), den er über der Mütze (kofia) trägt[174]). Er teilt dieses Ehrenrecht zwar mit seinen vornehmsten Würdenträgern, aber es ist doch auch für ihn das bedeutungsvollste. Der Turban wird ihm gefaltet (anapigwa: wird geschlagen), bevor er zu dem feierlichen Umzug bei der Amtseinführung aufbricht. Er darf ihn niemals absetzen, es sei denn, daß er allein und unbeobachtet ist, er darf auch niemals ein anderes Tuch über seinem Turban tragen[175]).

Weitere Ehrenzeichen sind siwa-Horn, zomari (Flöten) und ngoma kun (die Trommeln)[176]). Sie dürfen nur von wasalia, Haussklaven[177]) gespielt werden. Das siwa-Horn trägt Mütze und Turban in gleicher Weise wie der Jumbe selbst. Siwa-Horn und Flöte werden bei allen festlichen Gelegenheiten verwendet. Siwa-Horn- und zomari-Bläser gehen dem Jumben voran, wenn er sich in feierlichem Zuge zu einem benachbarten Orte begibt, und mit siwa-Horn und Flöte wird er dort in Empfang genommen[178]).

Die ngoma kun steht vor dem Hause des Jumben. Regelmäßig sind es zwei, links und rechts vom Hauseingang[179]).

---

[174]) Vgl. Desturi, S. 223 (271).

[175]) Vgl. ebenda S. 224 (271, 272), insbesondere die Geschichte des Jumben Simbambili (Zweilöwe).

[176]) Daß eine Mütze bestimmter Art als Abzeichen der Häuptlingswürde gilt, und das Recht, die Trommel schlagen zu lassen, ein dem Häuptling vorbehaltenes Recht ist, scheint in Afrika allgemein verbreitete Anschauung zu sein, vgl. Post a. a. O., § 54, S. 126 ff.

[177]) Im Gegensatz zu den watumwa wajinga, vgl. unten, § 22, III, S. 179.

[178]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 42 (79).

[179] So Mtoro Bakari. Nach ihm steht regelmäßig vor dem Hause des Jumben noch eine dritte ganz große Trommel (mkwiro), die namentlich im Kriegsfall geschlagen wird.

Die ngoma kun wird gleichfalls bei festlichen Gelegenheiten, und zwar nur von freien Leuten, geschlagen. Während des Trommelspiels haben alle ihre Mützen abzunehmen, auch die Kinder und Würdenträger des Jumben[180]).

In letzter Linie sind als Zeichen der Jumbenwürde der Sonnenschirm (mwavuli)[181]) zu nennen, der Stock des Jumben (fimbo) und sein Messerchen (kisu), das ihm zum Spalten der Mattenstreifen dient. Der Sonnenschirm wird bei dem feierlichen Umzug von der neben ihm sitzenden msalia schützend über ihn gehalten, aber während der Schirm mehr Symbol seiner Häuptlingsmacht ist, bringen Stock und Messerchen seine tatsächliche Herrschergewalt zum Ausdruck. Wird der eine oder andere Gegenstand zugleich mit einem Befehl des Jumben einem Dritten überbracht, so ist es ebenso gut, als hätte ihn der Jumbe persönlich ausgesprochen. Beide Gegenstände vertreten die Würde des Jumben[182]).

β) Eigentliche Ehrenrechte. Die Jumben werden von ihren Leuten ehrerbietig und durch Abnehmen der Mütze gegrüßt[183]). Als Zeichen des Anstands gilt es auch, bei der Anrede den Titel „shomvi" zu gebrauchen[184]).

---

[180]) Vgl. Velten, Mitteil. wie Anm. 178.

[181]) „Ein weitverbreitetes Symbol der königlichen Macht auf der Erde." Vgl. Post a. a. O., Bd. I, S. 126.

[182]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 43 (81). — Vgl. ferner Safari, S. 211 (231): Unter Vorzeigung des heimlich entwendeten langen Stockes (kome) des pazi sucht man ein Darlehen zu erhalten, so als ob der pazi den Befehl dazu erteilt hätte. — Auch anderwärts gilt der Stock als Zeichen der Häuptlingswürde und wird dem Boten zu seiner Legitimation mitgegeben, vgl. Post, Bd. I, S. 126; vgl. auch Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 239: „Zur Ausweisung bekommt jeder Bote ein Besitzstück des Häuptlings mit, z. B. eine Waffe oder einen Stock."

[183]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 41 (79).

[184]) So Mtoro Bakari. Vgl. Safari, S. 210 (230): Bei der Anrede des pazi wird das Wort „simbamwene" (Herr der Löwen) gebraucht. Das gleiche gilt für den Oberhäuptling der Washambaa, Steinmetz, S. 248.

Der Jumbe hat in der baraza seinen besonderen Sitz. Kein anderer darf ihn einnehmen. Sein Sitz ist mit einer besonderen Art von Matten belegt, und sein alleiniges Ehrenrecht (heshima) ist es, auf einem Löwenfell zu sitzen [185]).

Die Jumben essen bei feierlichen Gelegenheiten stets allein und ausschließlich mit ihresgleichen, z. B. bei Hochzeitsfeiern oder Begräbnissen, zu denen sie in größerer Zahl zusammenkommen. Nur die Lehrer (wa'allimu) und die sherifu werden hinzugezogen [186]).

Den Jumben zu Ehren werden besonders großartige Tänze aufgeführt [187]).

§ 18.

c) Die Pflichten des Jumben.

Den Rechten des Jumben entsprechen die Pflichten. Der Stellung als Leiter des Gemeinwesens entspricht die Pflicht der allgemeinen Fürsorge. Er wacht über das Wohl und Wehe seiner Leute, in dem Bewußtsein, daß ihn seine Würde dazu verpflichtet. So heißt es in der Veltenschen Abhandlung über die Sitten und Gebräuche der Suaheli (in den Afrikanischen Studien der Mitteilungen des Seminars S. 40 [78]):

> „Der Jumbe ist in seinem Bezirk ein großer Mann — er sitzt in seiner baraza und regelt die Geschäfte seines Gebietes,"

und S. 41 (78):

> „Nun (nach der Rückkehr vom Umzug) bringen die Leute ihre Angelegenheiten bei ihm vor, und zwar solche Worte,

---

185) Vgl. für die Wazaramu Safari, S. 209 (229): „Ebenso darf einer, der nicht die Würde eines pazi hat, in der Vorhalle nicht auf einem Löwen- oder Leopardenfell sitzen."

186) An gewöhnlichen Tagen — in ihrem Hause — essen sie mit ihrer Familie, den wazalia und anderen Suaheli, die den Jumben besuchen, zusammen. So Mtoro Bakari. Vgl. auch w. u. § 22, III, S. 179 und 180.

187) Vgl. Velten, Mitteil., S. 42 (79).

die ihm seiner Jumbenwürde nach (kwa mila ya udiwani) zukommen."

Beim Tode eines Ortsangehörigen beschließt der Jumbe mit den Hinterbliebenen die notwendigen Maßregeln und läßt die Nachricht von dem Trauerfall öffentlich bekannt machen[188]. Er wird insbesondere benachrichtigt, wenn die Angehörigen nicht in der Stadt wohnen. Er trifft zu ihren Gunsten einstweilige Anordnungen zur Aufbewahrung des Nachlasses. Er bestellt einen angesehenen Mann als Pfleger[189]. Sind Erben nicht vorhanden, so fällt der Nachlaß des Toten, gleichgültig, ob der Tote ein Mann oder eine Frau ist, dem Jumben zu. Auf ihn gehen damit auch die Pflichten des Erben über; er wird „Stellvertreter der ganzen Angelegenheit" (qa'imu wa shughuli)[190] und hat vor allem auch für das Begräbnis des Verstorbenen Sorge zu tragen.

Bemerkenswert sind die Mitteilungen über die Beschäftigung des pazi und mwene, Angaben, die in entsprechender Weise auf die fürsorgende Tätigkeit des Jumben zu übertragen sind[191]. Nicht nur der Grund und Boden gilt als Nationaleigentum, sondern auch sein Ertrag. Jeder Hungrige darf davon nehmen, was ihm gefällt und zu seiner Sättigung dient.

Der pazi läßt es sich gefallen, daß ein armer Schuldner unter Vorzeigung seines langen Stockes ein Darlehen auf seinen Namen erhebt, und sendet dem Gläubiger bereitwillig die dargeliehene Summe, um seinen Stock wieder einzulösen.

Tritt Regenmangel ein, beginnen die Feldfrüchte zu vertrocknen und Krankheiten sich einzustellen, so sind es die pazi und mwene, die sich versammeln, zu den mizimu[192] beten

---

[188]) Vgl. Desturi, S. 214 (259).

[189]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 32 (69).

[190]) Vgl. Velten ebenda. — Ein Grundsatz, der auf gleicher Anschauung beruht, findet sich im römischen und deutschen Recht und ist auch in das B.G.B. (§ 1936) übergegangen.

[191]) Vgl. Safari, S. 210/211 (230/231); S. 155—157 (171—173).

[192]) Geister der Verstorbenen.

oder wohl auch eine Wallfahrt zu dem Haupt-mzimu von Kolelo unternehmen, um für ihren ganzen Bezirk um Regen zu bitten[193]).

In dem Bericht über das Regenbitten bei den Suaheli wird eine Tätigkeit der Jumben nicht erwähnt. Man wendet sich, wenn die persönliche Bitte des einzelnen zu Gott und zu den Vorfahren (wazee) nicht ausreicht, an den mw'allimu, der zur Anrufung Gottes Betübungen nach dem Koran mit heidnischen Opfergebräuchen verbindet[194]). Aber man darf ohne weiteres annehmen, daß in früherer Zeit dem Jumben die gleiche Pflicht für die Gesamtheit zugefallen ist, wie den pazi und mwene.

Der Gerichtsgewalt des Jumben insbesondere steht die Gerichtspflicht gegenüber. Er muß die Klagen seiner Leute entgegennehmen. Er muß die Beklagten durch seine Boten (seine Sklaven oder dritte freie Personen) vor seine Gerichtshalle holen lassen, wenn sie der Aufforderung des Klägers, ihm zum Jumben zu folgen, nicht freiwillig Folge leisten[195]). Während früher der Ankläger es ist, der den Jumben zum Einschreiten nach Begehung einer strafbaren Handlung veranlaßt, muß der Jumbe später von sich aus die Festnahme des Verbrechers herbeiführen und die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen[196]). Er hat die beteiligten Verletzten zu benach-

---

[193]) Vgl. Safari, S. 178 (195), 249 (273).

[194]) Vgl. Desturi, S. 282 (340).

[195]) So Mtoro Bakari. — Vgl. auch Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 254: „Die Ladung vor das Gericht geschieht dadurch, daß der Häuptling einen Mann sendet, der den Angeklagten, wenn nötig, mit Gewalt mitbringt."

[196]) Vgl. Desturi, S. 307 (366): „Späterhin mußte der Richter, wenn jemand seinen Mitmenschen getötet hatte, den Täter ergreifen und fesseln lassen. Er wurde nicht eher getötet oder sonstwie verurteilt, bis die Angehörigen des Ermordeten befragt waren. — Ebenso S. 308 (368). — Vgl. für die Wadoē Safari, S. 155 (171): „Er (der mwene) hat denjenigen, welcher einen Menschen getötet hat, zu verurteilen. Zu diesem Zwecke schickt er Leute aus, die diesen festnehmen und ihn vorführen."

richtigen und sie aufzufordern, sich über ihr Wahlrecht (Talion oder Sühnegeld) zu erklären. Er ist immer bemüht, die verletzte Partei zum Verzicht auf die Anwendung der Vergeltungsstrafe zu bewegen und eine Einigung über die Sühnegeldsumme herbeizuführen [197]). So bringt auch bei den Suaheli die Entwicklung des Häuptlingstums den Uebergang vom Akkusationsprozeß zum Inquisitionsprozeß mit sich und setzt an die Stelle roher Privatwillkür Rechtsformen und ein geordnetes Verfahren [198]).

§ 19.

3. Die Erbfolgeordnung [199]).

a) Der Jumbe wird nicht gewählt. Die Würde ist in der Familie erblich [200]). Folgende Grundsätze sind maßgebend:

---

[197]) Vgl. Desturi, S. 307 (367).

[198]) Vgl. Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 254. [Vgl. Zeitschr. XV S. 76. — Kohler.]

[199]) Vgl. allgemein Post a. a. O., § 64, S. 139 ff.

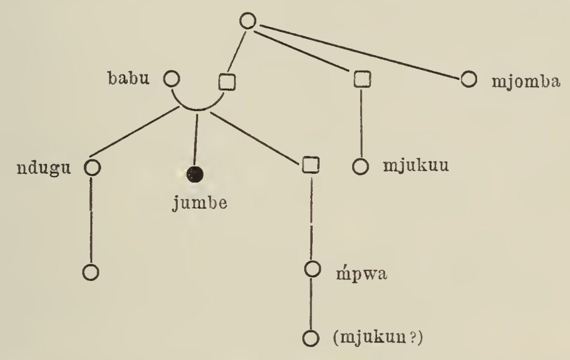
[200]) So Mtoro Bakari. — Das Gegenteil scheint aus Velten, Mitteil. des Sem., S. 41 (79) hervorzugehen. Dort heißt es: Nach Beendigung des Umzugs erhebt sich der waziri des neuen Jumben und richtet an die Versammelten die Frage: „Habt ihr alle eingewilligt, daß er euer Herrscher sei?“ und alle erklären ihr Einverständnis. Und weiter: Jeden Tag gehen sie zu dem „von ihnen angenommenen“ Jumben zum Essen hin. Aber nach Mtoro Bakari wird diese Frage keineswegs immer gestellt, und wenn sie an das Volk gerichtet wird, so ist es bloße Formsache.

Vgl. ferner P. Ant. Rudel, a. a. O., S. 262: „Wenn ein solcher (m̃pwa) nicht vorhanden ist, so wird aus der Verwandtschaft des verstorbenen Häuptlings ein anderer bestimmt. Dabei gibt es unter den betreffenden Untertanen viel shauri, bis sie sich auf eine Person vereinigt haben, . . .“

Ich lasse dahingestellt, ob in gleicher Weise eine Wahl bei den Suaheli dann Platz gegriffen hat, wenn zwischen entfernten Verwandten des Jumben eine Entscheidung zu treffen oder ein Nachkomme überhaupt nicht vorhanden ist, und es sich darum handelt, einen Nachfolger aus verwandten oder benachbarten Jumbenfamilien zu bestimmen; vgl. auch Velten, Reiseschilderungen, S. 207.

Vielleicht spricht sich in der oben mitgeteilten an das Volk ge-

Der Nächstberechtigte ist der Sohn der Schwester des verstorbenen Jumben (Neffe, ḿpwa). Dieser auf dem Mutterrecht fußende Grundsatz kehrt überall in Afrika wieder. Aber die Grundsätze des Mutterrechts sind nicht rein durchgeführt. Die Verwandten der mütterlichen Linie und die agnatische Verwandtschaft scheinen weiterhin nebeneinander berücksichtigt zu werden (gemischte Erbfolgeordnung). Ist ein Neffe nicht vorhanden, so haben die älteren Verwandten ein größeres Anrecht auf die Nachfolge als die Jüngeren. Die Reihenfolge



ist: Vater (des verstorbenen Jumben)[201]), Onkel (Bruder der Mutter: mjomba), Bruder (ndugu), Sohn des Bruders. In letzter Linie wird der mjukun berücksichtigt. Dies scheint nicht ein direkter Abkömmling zu sein, sondern ein Vetter des verstorbenen Jumben aus der mütterlichen Linie oder ein Großneffe (Sohn des ḿpwa)[202]), vgl. die Zeichnung.

---

richteten Frage die letzte Erinnerung an ein früher allgemein geübtes Wahlrecht aus. [Mittelstufe zwischen Wahl und Erbfolge ist im Leben der Völker sehr häufig. — Kohler.]

[201]) Nach Mtoro Bakari: der babu (Großvater). Diese Ausdrucksweise wird wohl mit Beziehung auf den Nachfolger angewandt.

[202]) Bei den Wazaramu folgt dem pazi der ältere Bruder, oder, wenn dieser nicht will, der nächste Bruder oder Onkel (mjomba). Gemischte Erbfolgeordnung, vgl. Velten, Reiseschilderungen, S. 227.

Bemerkenswert ist, was Safari S. 155 (171) über die Wadoē berichten: „Das Kind einer Nebenfrau hat bei den Wadoē eher Aussicht,

Frauen sind grundsätzlich von der Erlangung der Jumbenwürde ausgeschlossen.

Die Nachfolge in das Amt des Jumben und in sein persönliches Vermögen erfolgt nach gleichen Grundsätzen[203]).

b) Ist der Nächstberechtigte nicht willens, das Amt des Jumben anzutreten, so wird innerhalb der Familie beraten und beschlossen, wer Nachfolger werden soll. An dieser Beratung (shauri) nehmen auch die weiblichen Mitglieder der Familie teil, namentlich die Schwester für den minderjährigen Sohn (ḿpwa). Gewöhnlich findet eine gütliche Auseinandersetzung statt. Das Recht des Vaters besteht nur theoretisch. In Wirklichkeit verzichtet er wegen seines Alters immer. Ebenso treten häufig die älteren Verwandten zu Gunsten jüngerer Anwärter zurück. Diese sind aber verpflichtet, den Aelteren für ihren Verzicht Geschenke zu machen[204]).

c) Ein Minderjähriger ist nicht fähig, die Würde des Jumben zu übernehmen. Eine Vormundschaft wird nicht geführt. An Stelle des Minderjährigen wird der Nächstberechtigte bestimmt. Sind sonstige männliche Anverwandte nicht vorhanden, so tritt der shaha oder mwenyi mkun[205]) ein, wenn

---

die mwene-Würde zu erlangen als das einer rechtmäßigen Frau, denn sie sagen: Dieses hat keinen Anhang von weiblicher Seite (kukeni), es eignet sich daher besser zum mwene."

[203]) So Mtoro Bakari. — Doch sind seine Angaben hier wie in den erbrechtlichen Grundsätzen unter a. überhaupt nicht zweifelsfrei. Namentlich scheint der mjomba bei der Nachfolge in das Vermögen erst nach dem ndugu und dessen Sohn berücksichtigt worden zu sein, während bei der Nachfolge in das Amt das Umgekehrte der Fall ist.

[204]) Die Aelteren müssen dem Jüngeren wegen der von ihm erlangten Würde zuerst Gruß entbieten und Ehrerbietung — durch Abnehmen der Mütze — bezeugen, während ohne den Verzicht nach der Suahelietikette das Gegenteil der Fall sein würde. Diese Abweichung von der Regel muß durch Geschenke wieder ausgeglichen werden, vgl. Velten, Reiseschilderungen: „Der Amtsantritt des pazi."

[205]) Vgl. über die Stellung des shaha und des mwenyi mkun im einzelnen den folgenden Paragraphen.

sie mit der Familie des Jumben verwandt sind. Der minderjährige Anwärter kann erst nach dem Tode des für ihn Eingetretenen die Jumbenwürde erlangen, auch wenn er das zum Amtsantritt befähigende Alter bereits früher erreicht hat[206][207].

Bestimmte Anschauungen, ob und und welche körperlichen Gebrechen zu der Uebernahme der Jumbenschaft (ujumbe) untauglich machen, bestehen nicht. An sich sind Taubheit, Blindheit, Verkrüppelungen nach den Rechtsgewohnheiten der Suaheli nicht unbedingte Ausschließungsgründe. Aber der mit einem solchen Fehler behaftete Erbfolgeberechtigte wird freiwillig die Uebernahme der Jumbenwürde ausschlagen[208].

d) Mit der Annahme der arabischen Anschauungen erfolgt der Uebergang zu dem Vaterrechtsprinzip. Die nächstberechtigten Nachfolger in die Würde des Jumben sind der Sohn und die weiteren männlichen Abkömmlinge. Zwischen mehreren Söhnen des verstorbenen Jumben wird das Gebiet geteilt, derart, daß ein jeder sich als selbständiger Jumbe über den ihm zugewiesenen Familienanteil einsetzt[209].

§ 20.

4. Die Würdenträger des Jumben.

a) Die Würdenträger des Jumben sind in folgender Reihenfolge:

1. der shaha,
2. der mwenyi mkuu,

---

[206]) Großjährig — zur Nachfolge in das Amt des Jumben — ist nicht bereits, wer nach seinem Alter voll geschäftsfähig geworden ist. Der Nachfolgeberechtigte kann frühestens nach zurückgelegtem 30. Lebensjahr das Amt des Jumben übernehmen. Meistens wartet er noch länger bis zum 35. oder 40. Lebensjahr. So Mtoro Bakari.

[207]) Die vorläufige Uebergehung des minderjährigen präsumtiven Thronfolgers (vom Erbfolgeprinzip abgesehen) findet sich auch sonst in Afrika, vgl. Post a. a. O., § 64, VII; Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 249.

[208]) So Mtoro Bakari. [209]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 (77).

3. der mwenyi waziri,

4. der mwenyi amiri,

derart, daß der shaha der erste nach dem Jumben ist und die übrigen ihm im Range folgen[210]. Ihre Hauptpflicht ist, den Jumben zu beraten. Sie haben neben ihm ihren Platz in der baraza. Sie unterweisen ihn beim Amtsantritt[211] in den Sitten und Rechtsgebräuchen, in seinen Rechten und Pflichten, sie teilen ihm die neuesten Vorgänge in seiner Ortschaft mit, sie sind im shauri bei der Entscheidung von Rechtsfällen tätig. Sie entfalten eine besondere Wirksamkeit nach dem Tode eines Jumben. Sie erledigen dann, soweit nicht ein zweiter am Ort befindlicher Jumbe eintritt, in Gemeinschaft mit dem Nachfolger die notwendigen Regierungsgeschäfte[212].

Der shaha steht dem Jumben besonders nahe. Sie sind in ihren Beziehungen zueinander wie Mann und Frau[213]. Niemand anders als der shaha darf die Waschung des verstorbenen Jumben vornehmen. Der shaha legt den toten Jumben in die für ihn genähten Leichentücher[214]. Der shaha ist auch in der Lage, — ein Recht, das für die übrigen Würdenträger nicht erwähnt wird, — dem Jumben eine an ihn selbst zu zahlende Strafsumme aufzuerlegen, wenn er wider die Sitte (adabu) verstößt, z. B. wenn er, ohne allein zu sein, barhäuptig innerhalb oder außerhalb des Hauses umhergeht[215].

---

[210]) So Mtoro Bakari. — Nach Desturi, S. 225 (273) geht der waziri dem mwenyi mkun vor.

[211]) Die Darstellung der Gebräuche beim Amtsantritt und Begräbnis des Jumben ist mit Rücksicht auf die ausführlichen Angaben bei Velten in: Sitten und Gebräuche, S. 269 ff., S. 265 ff.; Sitten und Gebräuche der Suaheli (Mitteil. des Sem.), S. 78, 84/85; Reisebeschreibungen der Suaheli (für den pazi und mwene), S. 170, 227; S. 168, 249, hier unterblieben.

[212]) Dieser kann ja offiziell erst nach Ablauf des Trauerjahres sein Amt übernehmen.

[213]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 (78).

[214]) Vgl. Desturi, S. 219/220 (266).

[215]) Vgl. ebenda, S. 224 (271).

Der amiri wird als der „Vertreter der Leute“ (vijana) bezeichnet. Er vermittelt den Verkehr zwischen ihnen und dem Jumben, er teilt ihnen die Anordnungen des Jumben mit [216]).

b) Die vier Würdenträger legen ebenso wie der Jumbe über der Mütze den Turban an. Sie werden nach dem Jumben von den gewöhnlichen Suaheli am meisten geehrt. Sie erhalten beim Amtsantritt eines neuen Jumben und auch bei anderen Gelegenheiten [217]) in erster Reihe mit Geschenke. Wird ein Rind geschlachtet, so erhalten der shaha und waziri als ein besonders gutes Stück zusammen ein Bein (mkono) [218]). Beim Tode eines shaha oder waziri legen die Leute des Ortes Sandalen und Kopfbedeckung, die Jumben den Turban ab [219]).

c) Die Rangabstufung unter den einzelnen Würdenträgern wird an Aeußerlichkeiten ersichtlich. Der shaha gibt die an ihn im shauri vom Jumben gestellten Fragen an den mwenyi mkun weiter, dieser wendet sich an den mwenyi mkubwa [220]), die Beantwortung erfolgt rückwärts in gleicher Weise, nicht direkt an den Jumben [221]). Ihre Anteile an den Geschenken des Jumben werden um so kleiner, je tiefer sie im Range stehen [222]). Die beim Tode des Jumben abgenommenen Kleider

---

[216]) Vgl. ebenda, S. 225 (273).

[217]) Z. B. beim Fund einer herrenlosen Sache, vgl. oben § 5, II, S. 135.

[218]) Vgl. Desturi, S. 220 (267).

[219]) Beim Tode eines Jumben ziehen alle, auch die Jumben, ihre Kleider aus und legen Schuhwerk und Kopfbedeckung ab. Sie behalten nur den Lendenschurz (kikoi) um. Nach Mtoro Bakari legt der pazi nur den Turban ab.

[220]) Vgl. über die Stellung des mwenyi mkubwa weiter unten.

[221]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 (78).

[222]) Vgl. Velten, ebenda S. 44 (82). Von dem Erlös der Elfenbeinzähne, die dem Jumben als Gebühr von den Waniamwesikarawanen zustehen, erhält der shaha einen Teil (fungu moja), der mwenyi mkun einen kleinen Teil (fungu dogo), der mwenyi mkubwa und der waziri zusammen einen ganz kleinen Teil (fungu dogo kabisa).

und Kopfbedeckungen werden in bestimmter Reihenfolge wieder angezogen. Zuerst nach dem Jumben legen die shaha den Turban wieder an, diese erteilen den mwenyi mkun die Erlaubnis, und erst später dürfen die anderen ihnen nachfolgen [223]).

d) Der Jumbe behält die bei seinem Amtsantritt vorhandenen Berater bei [224]), schon aus praktischen Gründen wegen ihrer Erfahrung.

Stirbt einer der Würdenträger, so sucht der Jumbe den Nachfolger aus. Er hat freies Wahlrecht, aber regelmäßig scheint die Würde an der Familie zu haften. Sie vererbt sich in gleicher Weise wie das Amt des Jumben [225]).

Die Würdenträger des Jumben brauchen nicht in einer verwandtschaftlichen Beziehung zu seiner — des Jumben — Familie zu stehen. Aber das mindeste Erfordernis ist nach Mtoro Bakari die Zugehörigkeit zum Volk der Suaheli.

e) Eine besondere Erwähnung verlangt das Amt des mwenyi mkubwa [226]). Er ist ein Vornehmer unter den Suaheli, vornehm durch sein Alter, die allgemeine Wertschätzung und seinen Reichtum. Es ist der Anführer der jungen Leute (vijana arba'ini). Ob er sofort vom Jumben gewählt wird oder aber, wie es wahrscheinlicher ist, von der jungen Mannschaft und vom Jumben nur die Bestätigung erhält, habe ich nicht feststellen können. Hat der Jumbe einen Auftrag für die jungen Leute, so erhalten sie ihn durch den mwenyi mkubwa. Sein Verhältnis zu ihnen ist das eines Vaters zu seinen Kindern [227]). Sein Haus ist ihnen geöffnet, und sie dürfen, was ihnen gefällt — innerhalb der so starken Grenzen des

---

[223]) Vgl. im einzelnen Velten, Mitteil. des Sem., S. 40 und 47 (78 und 85).

[224]) So Mtoro Bakari.

[225]) Vgl. Desturi, S. 219 (266): Lebt der shaha nicht mehr, um die Waschung des verstorbenen Jumben vorzunehmen, so muß sein Sohn (mtoto wa shaha) diese Pflicht übernehmen.

[226]) Der mwenyi mkubwa trägt keinen Turban. So Mtoro Bakari.

[227]) So Mtoro Bakari.

Anstands — mit sich nehmen. Der mwenyi mkubwa ist auch der Anführer der vijana arba'ini in einem Kriegszug. Er darf von ihnen nicht allein gelassen werden.

§ 21.

5. Das Sinken des Ansehens der Jumben seit der Araberherrschaft.

Mit dem Wiederbeginn der arabischen Herrschaft geht die Macht der Jumben mehr und mehr zurück. Die Sultane von Sansibar vermeiden es zwar, in die inneren Verhältnisse der Küstenleute einzudringen, aber allein das Bewußtsein, daß nunmehr eine Stelle vorhanden ist, bei der man Klage über die Amtsführung der Jumben erheben kann, die den Jumben zu sich zur Rechenschaftsablegung entbietet, genügt, um ihre Stellung zu drücken [228]).

Der Jumbe bleibt Leiter des Gemeinwesens. Ihm stehen nach wie vor alle sich daraus ergebenden Pflichten und Rechte zu. Er erhält die üblichen Abgaben von seinen Leuten und von fremden Karawanen. Aber daneben wird er Beamter der Regierung des Sultans. Er veranlaßt für ihn die Stempelung des Elfenbeins, welches die Waniamwesi-Karawanen zur Küste bringen, er zieht auch von jedem Elfenbeingeschäft, das zwischen dem Herrn der Karawane und dem Inder oder Banyanen zu stande kommt, Gebühren in bestimmter Höhe ein [229]).

Eine starke Einbuße erleidet der Jumbe in seiner Gerichtsgewalt. Seit der Erlangung der Oberherrschaft haben die Sultane ihre Statthalter (maluwali) an die Küste geschickt. Diese üben die höhere Gerichtsbarkeit im Namen des Sultans aus [230]). Zum mindesten sind die mit der Entscheidung des Jumben unzufriedenen Suaheli in der Lage, bei diesen Beamten Beschwerde zu erheben. Unbeschränkte Urteilsgewalt ist den Jumben nur in Bagatellsachen verblieben.

---

[228]) Vgl. Velten, Mitteil. des Sem., S. 46 (84).

[229]) Vgl. ebenda S. 44/45 (82).

[230]) Vgl. Desturi, S. 298 (358/359).

Ein weiterer sehr wesentlicher Grund für die Herabminderung des Ansehens der Jumben ist die allmähliche, aber stetige Vermögensabnahme, die sie erlitten haben. Ihr Einfluß und ihre Macht über ihre Leute gründete sich aus natürlichen Gründen, nicht zum wenigsten auf ihren hauptsächlich in Grundeigentum bestehenden Reichtum. Seit der Ankunft der Araber und Inder verkauften sie mehr und mehr, wie bereits dargestellt wurde, den ihnen gehörigen Grund und Boden, ja verschleuderten ihn in Unkenntnis des Wertes. Das Ergebnis war, daß die Jumben in dem Umfang ihres Vermögens sich kaum mehr von den anderen Suaheli unterschieden.

Unter der deutschen Herrschaft ist die Stellung der Jumben vollends zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken, soweit ihnen nicht aus kolonialpolitischen Rücksichten — um das Vertrauen der Eingeborenen zu gewinnen — Beamten- (Wali- und Akida-) Stellen übertragen worden sind. Dazu kommt, daß sich gerade in den Jahren der deutschen Herrschaft zwei große Parteien (vikao) unter besonderen Vorstehern (wakun) gebildet haben, welche den Rest von Ansehen, welchen die Jumben unter den Eingeborenen noch besaßen, an sich gezogen haben[231]).

§ 22.

III. Die soziale Gliederung.

1. Die Suaheli kennen drei Stände: Adel, Freie, Sklaven. Den Adel bilden in der älteren Zeit die wenyi wakubwa[232]), später die Jumben und ihre Familien. Zwischen den einzelnen Jumben bestehen feine Wertungsunterschiede. Der Suaheli achtet sehr auf den Stammbaum und er wird den Jumben um so höher achten, je mehr er von Vater- und Mutterseite mit angesehenen Jumbenfamilien verwandt ist. Persönliche Tüchtigkeit und Reichtum spielen natürlich für die Höhe des Ansehens eine große Rolle.

---

[231]) Vgl. im einzelnen S. 181 f.

[232]) So Mtoro Bakari.

Unter den Freien treten in erster Linie die Würdenträger der Jumben und ihre Familien hervor. Sie stehen häufig in verwandtschaftlicher Beziehung zu den Jumben. Im übrigen fallen die Begriffe „reich“ und „vornehm“ zusammen.

Besondere Kasten gibt es nicht. Insbesondere sind die Zauberdoktoren (wachawi) nicht zu einer Art Geheimbund zusammengeschlossen[232]). Sie sind meistens arme Leute. Aber sie sind einflußreich durch ihre Tätigkeit. Sie werden zu Geister- (pepo-) Austreibungen herbeigerufen[233]), unter ihrer Leitung finden eine Reihe von Gottesurteilen statt[234]) — auch noch zu der Zeit, zu der bereits der Islam herrschend ist. Die Schmiede, die sonst wohl größeres Ansehen nach afrikanischer Anschauung genießen, heben sich nicht vor den anderen Suaheli hervor.

Man darf nicht denken — das ist hervorzuheben —, daß eine strenge Scheidewand zwischen den Familien der Jumben und den übrigen Freien gezogen ist. Die Verhältnisse sind durchaus patriarchalisch. Der gegenseitige Verkehr — von feierlichen Gelegenheiten abgesehen — findet auf dem Fuße der Gleichheit statt.

Die Sklaven werden in wasalia und watumwa wajinga unterschieden[235]). Die ersteren stammen von Sklaveneltern ab, die bereits als solche an der Küste gelebt haben. Sie sind ausgebildet und kennen die Sitten und Gebräuche der Küste. Sie werden zum Dienst im Hause verwandt und sind mehr die Freunde und Berater ihrer Herren. Sie dürfen auch bei Tisch mit ihnen zusammensitzen[236]). Die watumwa wajinga sind frisch an die Küste gekommene Sklaven. Sie werden zum Dienst auf den Shamben verwandt.

---

[233]) Vgl. Desturi, S. 144 (176) ff.

[234]) Das Gottesurteil (kiapo) mit der Sichel oder dem Beil und das Gottesurteil mit mwavi, vgl. ebenda S. 273 und 275 (329 und 332).

[235]) Vgl. Desturi, S. 255 (307/308).

[236]) Vgl. ebenda S. 258 (311).

Fremde sind gern gesehen. Sie werden mit großer Freude aufgenommen und ihnen zu Ehren Feste veranstaltet. Jeder drängt sich, der Gastgeber zu sein[237]). Verweilt der Fremde länger, so verschafft man ihm — wenn nicht sein Benehmen Mißfallen erregt hat — eine Frau, womöglich aus der Familie des Gastgebers[238]). Der Fremde gilt an sich nicht als Gast des Jumben. Um ein längeres sicheres Verbleiben im Orte zu ermöglichen, ist nicht erforderlich, daß er einen besonderen Gastfreund oder Schutzherrn unter den Eingesessenen gewinnt[239])[240]).

2. Mit dem Vordringen arabischen Einflusses und arabischer Herrschaft werden die Suaheli insgesamt eine Stufe herabgedrückt. Die Araber dünken sich der schwarzen Rasse weit überlegen und vornehmer als sie. Sie fühlen sich als die Herren des Landes und bringen dieses Bewußtsein deutlich zum Ausdruck. Die Klassenunterscheidungen unter den Suaheli selbst bleiben dieselben. Als Respektpersonen treten neben den Jumben die wa'allimu und die sherifu hinzu. Die wa'allimu sind Koranlehrer und Lehrer der Jugend[241]). Sie nehmen die Stellung eines mohammedanischen Geistlichen ein. Sie beten in der Moschee vor, sie vollziehen Verheiratungen und wirken bei Beerdigungen mit. Unter ihrer Leitung finden

---

[237]) Vgl. Mitteil. des Sem., S. 15 (52). — Vgl. ferner Desturi, S. 267 (321).

[238]) Die ausgedehnte Gastfreundschaft ist wohl der Hauptgrund für die Leichtigkeit, mit der die Suaheli sich mit den Angehörigen fremder Stämme und Rassen vermischt haben.

[239]) Beides ist sonst häufig an der Ostküste von Afrika der Fall, vgl. Post a. a. O., Bd. I, S. 177/178; Steinmetz (Bericht über die Washambaa), S. 246.

[240]) Ueber das Verhältnis der Fremden zum Jumben, namentlich der fremden Kaufleute und der Karawanen ist bereits oben gesprochen worden.

[241]) Vgl. allgemein Velten, „Sitten und Gebräuche", die Kap.: „Schulverhältnisse" und „Der Lehrer".

eine Reihe von Gottesurteilen statt[242]. Sie übernehmen überhaupt zum Teil die Verrichtungen der Zauberer[243]. Die sherifu stammen nach Mtoro Bakari von Nachkommen des Propheten ab aus Ehen mit eingeborenen Frauen. Tatsächlich sind es regelmäßig nur Nachkommen der ersten arabischen Kolonisten an der Barawaküste[244]. Die wa'allimu sollen von ihren Schülern gleich den Eltern verehrt werden. Von einem geschlachteten Ochsen wird den wa'allimu ein Hüftenstück (kiuno cha ñgombe) verabreicht[245]. Sie dürfen dem Jumben zur Begrüßung die Hand reichen[246] und auch bei festlichen Gelegenheiten mit ihm zusammen bei Tisch sitzen. Aber in ihrer sozialen Wertung stehen sie unter den Jumben. Sie müssen, wenn sie mit dem Jumben zusammen essen, die Kopfbedeckung abnehmen und dürfen sie nur mit besonderer Erlaubnis aufbehalten[247]. Die sherifu dagegen stehen dem Jumben, wenn auch nicht in der tatsächlichen Macht, so doch im Rang völlig gleich[248]. Sie bekleiden häufig das Amt des Jumben, aber sie begnügen sich ebenso oft mit ihrer Stellung als sherifu. Sie sind ohne weiteres berechtigt, die Kopfbedeckung aufzubehalten, wenn sie mit dem Jumben zusammen sitzen[249].

3. In neuerer Zeit[250] haben sich unter den Suaheli zwei Parteien (vikao) gebildet: die „goboreni“ und „seneda“[251].

---

[242] Vgl. Velten, ebenda S. 330 u. 332. — Ueber ihre Mitwirkung bei der Bitte um Regen vgl. oben § 18 c, S. 169.

[243] Vgl. Velten, Märchen, S. 255 (Ursprung der bösen Geister).

[244] Vgl. Guillain a. a. O., S. 570, Anm. 1: „On désigne par le nom de chérifs tous les descendants des premiers colons arabes qui fondèrent la ville de Braoua.“

[245] Vgl. Desturi, S. 220 (267).

[246] Alle anderen, auch die shaha, tun das nicht. So Mtoro Bakari.

[247] Vgl. Desturi, S. 221 (267).

[248] So Mtoro Bakari.

[249] Wie Anm. 247.

[250] Seit etwa 10 Jahren. So Mtoro Bakari.

[251] Nach Mtoro Bakari sind die Namen der Parteien bildlich.

In ihnen sind Männer und Frauen organisiert. Jedes Geschlecht hat seinen Obersten (mkuu, Vorsteher) für sich. Die Parteien treten bei allen wichtigen inneren Angelegenheiten der Eingeborenen zusammen, auch bei Familienereignissen wie Hochzeit und Begräbnis.

Sie führen häufig Tanzfeste auf, die ngoma ya banji. Dann wird auf einem freien Platz in der Stadt ein großes Tanzzelt errichtet[252].

Die Berufung der Parteiversammlung erfolgt durch den mkuu[253]. Er berät die Angehörigen seiner Partei und verdrängt mit seinem Einfluß den Jumben und seine Ratgeber, dem nur der Name des Ortsoberen geblieben ist[254].

Die mkuu werden gewählt. Vor dem Amtsantritt haben sie bestimmte Abgaben zu zahlen. Die Zusammenkunft zur Einsetzung des mkuu wird mit der Aufführung des ngoma ya banji verbunden. Der eigentliche Wahlakt vollzieht sich folgendermaßen: Ein Sprecher, der erste mkuu[255], fragt die versammelte Menge: „Wollt ihr, daß der und der oder die und die (fulani) bei uns mkuu werde?“ Sie antworten: „Wir wollen ihn annehmen (tunamtaka).“ Die Frage wird zweimal wiederholt. Dann wird dem Neugewählten ebenso wie bei der Einsetzung des Jumben ein neuer Name gegeben und er mit dem neuen Namen als mkuu den Versammelten laut vorgestellt. Er wird auf einen Stuhl gesetzt, in die Höhe gehoben und unter Freudengeschrei (kigelegele) im Zelt umhergetragen.

„Goboreni“ bedeutet Vorderlader, „seneda“ Hinterlader. Goboreni ist die Partei der Alten, die konservative Partei, die den alten Gebräuchen (desturi za zamani) anhängt, seneda die Partei der Jungen, die Reformpartei, die den neuen und fremden Anschauungen und Sitten zugänglich ist und sich ihnen gern hingibt.

[252]) Vgl. allgemein Desturi, S. 138 ff. (168 ff.).

[253]) Dem mkuu gebührt nicht die ngoma kuu. Sein Einlader schlägt eine kleine Trommel, die mrungura-Trommel, vgl. Anm. 254.

[254]) Vgl. Desturi, S. 226 (274).

[255]) So Mtoro Bakari.

In diesen Parteien finden auch Araber und Inder Aufnahme.

4. Die Suaheli kennen neben der bereits besprochenen[256]) Ausweisungsbefugnis des Jumben Verfehmung und Achterklärung. Drei Fälle sind bezeugt.

Wer eine herrenlose, am Strande oder im Inneren gefundene Sache für sich behält und nicht in der Lage ist, eine Geldstrafe zu erlegen, wird mit dem Ausschluß von allen festlichen Gelegenheiten, namentlich von solchen, bei denen das Oberhaupt, der Jumbe, anwesend ist, bestraft (hana ḥaḍara). Er hat sich gegen die Allgemeinheit vergangen. Er hat einen Fund, dessen Erlös dem ganzen Orte gebührte[257]), unterschlagen. Verweigert der Verurteilte hartnäckig, die ihm auferlegte Geldstrafe aufzubringen, so wird die Verfehmung durch briefliche Mitteilung an die Nachbarorte auf den ganzen umliegenden Bezirk ausgedehnt.

Nach Hildebrandt[258]) wird der Meineidige gegen eine feierliche Eidesformel, wie sie von den mohammedanischen Suaheli gebraucht wird[259]), samt seiner Familie ausgestoßen. Ein falsches Zeugnis, auf den Koran beschworen, zieht die Achterklärung über den Täter allein nach sich. Die Vollstreckung der Strafe wird in beiden Fällen in ähnlicher Weise wie oben erfolgen.

---

[256]) Vgl. Anm. 149.

[257]) Vgl. oben § 5, II, 2 S. 135.

[258]) J. M. Hildebrandt, Ethnographische Notizen über Wakámba und ihre Nachbarn, Zeitschr. für Ethnologie, Bd. X, S. 386.

[259]) Sie zerwerfen eine Kokosnuß in der Moschee mit den Worten: wenn ich lüge, möge ich zerschellen wie diese Nuß. Vgl. Hildebrandt, ebenda.

VI.

Das chinesische Strafgesetzbuch.

Von

J. Kohler.

I.

Das Ta-tsing-lü-li, welches sich als das Gesetzbuch der gegenwärtigen Dynastie kundgibt, stammt aus viel früheren Zeiten, ja, man kann wesentliche Bestimmungen bis in das 8. Jahrhundert zurückverlegen [1]). Wenigstens ist derjenige Teil, der sich als Lü kundgibt, ein Rechtsbuch alter Tage, während der zweite Bestandteil, das Li, aus späteren Verordnungen besteht, die das Lü weiter bestimmen, teilweise auch abändern und durch neuere Anschauungen getragen sind. Es ist echt chinesisch, daß man in einem solchen Falle das Gesetzbuch nicht aufhebt, sondern in seinen alten Bestandteilen beläßt und die Neuerungen, welche der Praxis dienen sollen, hinzufügt.

Während das Lü schon vor fast 100 Jahren von Staunton ins Englische übersetzt ist, so sind von dem Li nur einzelne Partien unserer Erkenntnis eröffnet worden [2]). Ebenso sind von den Entscheidungen, welche in den neueren Ausgaben beigefügt zu werden pflegen, nur wenige unserer abendländischen

---

[1]) Das ergibt sich aus dem Verhältnis zum japanischen Taihoritsu, der von 702 n. Chr. herrührt, vgl. Zeitschrift X S. 380 f. Das Gesetzbuch bestand also schon unter der Dynastie der Thang.

[2]) China Review VIII p. 1 f., 193 f., 259 f., 357 f., X p. 77 f.; Lind, A chapter of the Chinese Penal Code (Leiden 1887).

Wissenschaft zugänglich gemacht [3]). Mein ständiges Streben, eine vollständige Uebersetzung dieses wichtigen Gesetzbuchs zu erzielen — das nicht nur durch seinen ungeheuren Ausdehnungskreis von großer Bedeutung ist, sondern auch durch seinen reichen Inhalt hervorragt, indem es mit dem Strafrecht zugleich das Zivilrecht Chinas wiedergibt, da es an einem eigentlichen chinesischen Zivilgesetzbuch fehlt —, scheint sich nun zu erfüllen, da der deutsche Dolmetscher in Tsingtau, Heinrich Mootz, eine Uebersetzung des ganzen Gesetzbuches begonnen hat. Allerdings ist dieser Plan erst zu einem kleinen Teil durchgeführt, allein ich glaube mich der Hoffnung hingeben zu können, daß die Sache einen rüstigen Fortgang nehmen wird. Die Uebersetzung soll, soweit sie mir zugänglich wird, in der Zeitschrift veröffentlicht werden, und ich hoffe, daß auf solche Weise mit der Zeit das ganze Gesetzbuch zur Darstellung gebracht werden kann. Der Uebersetzer hat zu dieser Veröffentlichung in der Zeitschrift seine freundliche Erlaubnis gegeben. Das Folgende bietet den Teil des Gesetzbuchs, der von Raub spricht; es zeigt, wie ausführlich das Li ist und wieviel wir dem Uebersetzer zu verdanken haben, der nun 100 Jahre, nachdem die Wiedergabe des 1. Teils erschienen ist, uns das Ganze zugänglich macht. Das zuerst in der deutschen Staatszeitung in Tsingtau veröffentlichte Kapitel lautet wie folgt [4]):

A. Gesetz (Lü).

1. Wer als Räuber zur Ausführung geschritten, (wenn) Wegnahme der Sache jedoch nicht erfolgte, wird mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft. Ist Wegnahme der

---

[3]) Einiges hierüber findet sich in Alabaster, Notes and commentaries on Chinese Criminal Law aus den zwei Spruchsammlungen, dem Hsing an hui lan und dem Po an hsü pien.

[4]) Vgl. auch die Li-Stellen bei Jamieson in China Review VIII p. 9, X p. 80; über Seeraub Li zu a. 225 ebenda p. 4 f., 7. Entscheidungen aus Band XIII—XVI des Hsing an hui lan bei Alabaster p. 396 f.

Sache erfolgt, wird ohne Unterschied, ob Rädelsführer oder Mittäter, jeder geköpft.

Wenn der Verbrecher nicht Beute erlangt, ihm aber Anstiftung zur Last fällt, ist er, obwohl er nicht zur Ausführung geschritten und nicht an der Beute teilgenommen, mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung zu bestrafen. Raubgenossen, die nicht zur Ausführung geschritten sind und nicht an der Beute teilgenommen haben, werden mit 100 Hieben bestraft.

2. Wer durch narkotische Mittel Menschen betäubt und so die Wegnahme der Sache plant, den trifft die gleiche Strafe.

Nur wer Beute erlangt hat, wird geköpft.

3. Wer bei einem Diebstahle, auf frischer Tat betroffen, sich der Verhaftung widersetzt, jemand tötet oder verwundet, wird geköpft.

Nach Haftfrist [5]) wird jeder, ob er Beute erlangt hat oder nicht, geköpft. Er ist aber „auf frischer Tat betroffen" zu beachten [6]).

4. Wer bei einem Raubfalle Notzucht verübt, den trifft die gleiche Strafe [7]).

Es handelt sich nicht darum, ob die Tat ausgeführt ist oder nicht, ob sie von einem Rädelsführer oder Mittäter begangen wurde. (Die Strafe bleibt gleich.)

5. Wer der Bande zugehört, jedoch nicht tätlich geworden ist, der Festnahme sich nicht widersetzt, niemand tötet oder verwundet und nicht Notzucht verübt hat, wird des Diebstahls schuldig bestraft.

Mit Unterscheidung, ob Rädelsführer oder Mittäter, ob der Beschuldigte Beute erlangt hat oder nicht.

6. Wer bei einem Diebstahle betroffen, ohne Wegnahme der Sache flieht, von dem Besitzer verfolgt, sich der Festnahme widersetzt, ist nach dem Gesetz betreffend „Widerstand gegen Festnahme" zu bestrafen.

---

[5]) Das ist Frist bis zur Bestätigung der Strafe und bis zu dem festgesetzten Tage der Hinrichtung; oft tritt indessen Begnadigung ein (Bemerkung von Mootz). Vgl. auch Chinesisches Strafrecht S. 16, 21.

[6]) Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 45 f.

[7]) Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 38.

Die Strafe ist wie bei Diebstahl ohne Erlangung von Beute, jedoch zwei Grad höher, auf 70 Hiebe festgesetzt. Tritt hierbei (bei der Widersetzung) durch Schlagen Körperverletzung hinzu, wird der Beschuldigte gehängt, tritt Tod ein, wird er geköpft. Die Mittäter werden je einen Grad niedriger bestraft.

Ein Beschuldigter, der entflieht, sich der Festnahme widersetzt, wird zwei Grad höher bestraft, als seine ursprüngliche Schuld fordert; die Strafe geht nicht über 100 Hiebe und 3000 Li weiter Verbannung. Schlägt er (den Festnehmenden), daß er verkrüppelt, wird er gehängt, tötet er ihn, wird er geköpft; die Mittäter werden einen Grad niedriger bestraft [8]).

Wenn ein Gefangener mit Knüppeln (Waffen) den Polizisten angreift, und der Polizist, sich verteidigend, tötet ihn, oder ein Gefangener flieht, und der Polizist, ihn verfolgend, tötet ihn, oder ein Gefangener, in die Enge getrieben, tötet aus Verzweiflung sich selbst, so ist darüber kein Wort zu verlieren.

Wenn ein Gefangener bereits gefaßt ist, oder der Festnahme sich nicht widersetzt, und ein Polizist tötet ihn, oder verwundet ihn zum Krüppel, wird er wie „bei Schlägerei töten und verwunden“ bestraft.

Wenn ein Angeschuldigter die Todesstrafe verwirkt hat, und ein Polizist tötet ihn eigenmächtig, wird (dieser) mit 100 Hieben bestraft.

B. Li.

Räuber, die Menschen töten, Feuer legen und Leuten Häuser verbrennen, Frauen entehren, Gefängnisse erbrechen und Kassen berauben oder Stadt und Wall und Amthaus gefährden, oder sich bis 100 und darüber zusammengerottet haben, werden, ohne Unterschied, ob sie Beute erlangt haben oder nicht, geköpft. Eingabe ist sofort zu erstatten und Genehmigung eilends einzuholen; der Kopf wird zur Warnung ausgesteckt. Liegt von diesen sechserlei Verbrechen eins vor, hat die Aussteckung an dem Orte der Tat zu erfolgen.

---

[8]) Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 35.

Sind Menschen lediglich verwundet, ohne daß Beute erlangt wurde, so ist der Hauptverbrecher zu köpfen nach Haftfrist; die Mittäter werden nach Hsin tschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklaven zugewiesen. Ist niemand verwundet und auch keine Beute erlangt, wird der Hauptverbrecher nach Hsin tschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen; die Mittäter werden mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft.

Tschia-tsching, im 6. Jahre (1802) verbessert und abgeändert; im 19. Jahre erlassen.

Wer als Raubritter[9]) mit Pfeil und Bogen und Waffengerät am hellen Tage auf Wegen und Straßen zieht und raubt und Beute den klaren Beweis erbringt, wird ohne Rücksicht darauf, ob es viele oder wenige sind, ob jemand verletzt ist oder nicht, nach dem Gesetze gerichtet. An dem Platze der verbrecherischen Tat wird sein Kopf ausgesteckt, der Menge zur Warnung. Wer auf Flüssen und auf der See Raub begeht, wird nach diesem Li mit Enthauptung bestraft; der Kopf ist auszustecken.

Tschia-tsching im 6. Jahre (1802) verbessert und abgeändert.

Wenn zu einem Falle Lau-kua-Räuber gehören, die in Herbergen mit Anwendung einschläfernder Düfte, erschlaffender Pulver und dergleichen Mittel Leute betäuben und Sachen wegnehmen oder von 5—7 Uhr früh sich erheben und auf den Wegen Mitreisende töten oder verletzen, so müssen bei dieser Art grausamer Verbrecher am selben Tage noch die Genossen festgestellt und genau geforscht werden, ob nicht an andern Plätzen Raubfälle von ihnen vorliegen. Diese Verbrecher dürfen nicht zu andern Behörden übergeführt werden, sondern sind da, wo sie festgenommen wurden, im Gefängnis zu behalten, bis die Protokolle aus den hergehörigen Strafakten zur Stelle sind. Alle bezüglichen Eingänge sind klarzulegen

[9]) Räuber zu Pferd (Bemerkung von Mootz).

und hierauf ist im Gefängnis die Todesstrafe durch Enthaupten zu vollziehen, ohne Unterschied, ob Rädelsführer oder Mittäter. An dem Orte, wo die verbrecherische Tat verübt wurde, ist durch Anschlagung einer Bekanntmachung dem Volke hiervon Kenntnis zu geben.

Polizisten oder Schutzleute oder Wegwarten oder mit Festnahme von Räubern betraute Soldaten oder Soldaten aus dem Lager, die sich des Raubes schuldig machen, sind nach dem Gesetze zu verurteilen und sofort zu enthaupten[10]). Wenn Polizisten oder Soldaten die Absicht hochkommen lassen, Rädelsführer zu spielen, sind sie sofort zu enthaupten und zur Warnung auszustecken; die Mittäter werden geköpft. Solche Tatbestände sind zu schwer, sie lassen sich mit den gewöhnlichen Raubfällen nicht vergleichen. Der Gouverneur hat nach eigenem Ermessen zu entscheiden und zur Warnung auszustecken. Wenn der hörige Beamte Untersuchung verabsäumt, ist er dem Ministerium zur Verantwortung zu übergeben; wenn er durch Zwang die Aussagen ändert oder schlau vorgibt: der Mann ist entlassen! und die oberen Behörden die Sache nicht ausforschen: werden sie samt und sonders dem Ministerium zur Verantwortung übergeben.

Wenn Polizisten oder Soldaten mit Räubern Beute teilen oder mit Haupträubern in Verbindung stehen und Verkehr pflegen, mit Amtsgeschäften betraut, geheime Maßnahmen verraten oder außer Dienst Amtsgeheimnisse verraten, so daß die Beschuldigten entfliehen, werden sie alle ohne Unterschied, ob Beute erlangt oder nicht, mit der Strafe des Beschuldigten belegt[11]). Wer um die Sache wußte und willentlich entweichen ließ, wird nach dem Li über Hehlerei (um die Sache wissen, und Aufenthalt gewähren) bestraft. Wenn die Schreibgehilfen im entscheidenden Augenblicke Beute erlangen und Freilassung verkaufen, trifft sie die Strafe des Beschuldigten.

---

[10]) Chinesisches Strafrecht S. 34.

[11]) Chinesisches Strafrecht S. 29.

Wenn der Beraubte Anzeige von dem Falle erstattet, muß er eine genaue und klare Liste der Schädigung aufstellen. Sind es der geraubten Sachen sehr viel und kann er sich augenblicklich nicht entsinnen, ist ihm zu gestatten, innerhalb von fünf Tagen die Aufstellung einzureichen. Der Landesbeamte hat die erste Anzeige und die folgende Aufstellung mit dem Verhör zusammenzustellen.

Bis zur Festnahme von Räubern und Entnahme von Beute muß er einen Beamten entsenden, um den Augenschein einzunehmen.

Wer als Polizist eigenmächtig Beutestücke an sich nimmt, oder mit geliehenem Namen Beute sucht, Herbergen durchstöbert und aussucht oder die Räuber anheißt, fälschlich andere Häuser zu bezeichnen, wo Beute angenommen und aufgestapelt läge (um schuldlose Bewohner ausrauben zu können), oder wer die den Räubern selbst gehörigen Gegenstände zu Beute macht, oder fälschlich Sachen als Beute ansetzt, oder beim Einsehen der Beute ein Auge zudrückt, um die Sache trüb zu lassen: wird, sobald die Sache ruchbar ist, nach dem Lü und Li unter erschwerenden Umständen bestraft. Wenn mit dem Verhör betraute Beamte nicht mit Strenge und Ausführlichkeit bis ins Einzelnste untersuchen, der Gouverneur nicht mit Nachdruck die Absetzung veranlaßt, werden sie samt und sonders dem Ministerium zur Verantwortung übergeben.

Wenn der Beraubte den Fall anzeigt, darf er nicht leeres Zeug fälschlich ausschmücken. Gibt er an, er sei beraubt worden, und es stellt sich heraus, daß es nicht wahr ist, oder wenn er Diebstahl zu Raub aufbauscht, Unzucht als Raub darstellt, wird er mit 100 Hieben bestraft. Zeigt er Schlägerei und dergleichen als Raub an, wird er, falls nicht weiter belastet, mit 100 Hieben bestraft.

Ist er bei dem anhängigen Falle schwer beschuldigt, muß die Strafe einen Grad höher bemessen werden. Wenn Bösewichter, hochfahrende Leuteschinder Anzeigen von Raub erdichten, und dadurch dem schlichten Volke verderbliche Fall-

gruben bereiten, oder betrüglich amtliche Stempel, Polizisten, Amtsboten anführen, werden sie nach dem Gesetze über fälschliche Anklage mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung, dazu drei Jahre Arbeitsdienst bestraft. Sind Ortsälteste oder Nachbarn damit verwickelt, werden diese einen Grad niedriger bestraft[12]).

Tschia-tsching, im 19. Jahre (1815) verbessert und abgeändert.

Wenn bürgerliche Beamte oder Wehrbeamte aus Furcht vor Rüge wegen Vernachlässigung des Sicherheitsdienstes den Beraubten einschüchtern, um den Raubfall gewaltsam niederzudrücken und zu vertuschen, oder wenn sie Raub als Diebstahl darstellen, sind sie des Amtes zu entsetzen; angestellte Schreiber werden mit 100 Hieben bestraft. Wird der Beraubte dabei mißhandelt, daß er stirbt, oder gefoltert, daß er Gebrechen davonträgt, ist außer Amtsentsetzung noch nach dem Gesetz betreffend absichtliches Verhör (aus Willkür oder aus Feindschaft) zu bestrafen.

Dies Gesetz lautet: Wer absichtlich einen unbeschuldigten Mann aus Willkür oder aus Feindschaft verhört, wird mit 80 Hieben bestraft; wird der Mensch bei dem Verhör verletzt, ist die Strafe wie bei Schlägerei festzusetzen, stirbt er daran, wird der betreffende Beamte enthauptet.

Wenn die oberen Behörden es nicht untersuchen und anzeigen, der Gouverneur es nicht untersucht und weitergibt, werden sie samt und sonders dem Ministerium zur Verantwortung übergeben.

Wenn betrügerisches Volk Diebstahl als Raub anzeigt, um den Beamten zum Handeln zu zwingen mit dem Gedanken, unschuldige Bewohner dabei hämisch zu prellen und zu pressen, so hat der Kreisbeamte dies dem Gouverneur genau anzuzeigen, worauf ein anderer Kreisbeamter mit Untersuchung der Sache zu betrauen ist; nach dem Li ist die Sache zu schlichten.

---

[12]) Chines. Strafrecht S. 37 und China Review IX p. 345.

Taukuang, im 1. Jahre (1821) Zusatz.

Bei Diebstahl und ähnlichen Fällen haben Ortsvorsteher, Schutzleute und Landjäger ihren Behörden davon Anzeige zu machen. Bürgerliche Beamte und Wehrbeamte haben mit gegenseitiger Unterstützung die Sache zu verfolgen bezw. Leute festzunehmen. Wenn die Ortsvorsteher und Wachleute den Fall verbergen und nicht anzeigen, oder wenn der Ortsvorsteher die Sache dem bürgerlichen Beamten angezeigt hat, die Landjäger aber nicht dem Wehrbeamten, oder die Wehrleute zeigen an und der Ortsvorsteher nicht, so werden sie hierfür je mit 100 Hieben bestraft. Wenn die Anzeige zu spät erfolgt, wird der Anzeigende mit 80 Hieben bestraft[13]).

Taukuang, im 15. Jahre verbessert und abgeändert.

Wer über die Mauer in die Stadt steigt und raubt, muß geköpft werden, der Kopf ist auszustecken. Wird die Sache nicht festgestellt, so sind in der Stadt, wo über die Mauer gestiegen wurde, die Beamten und Wehrleute zur Verantwortung einzureichen, zu bestrafen oder zu entlassen.

Wenn sich Räuber dem Gericht selbst stellen, um dann unter Vorwand geraubte Sachen zu ermitteln, unbeschuldete Leute als Raubgenossen angeben, oder um lange gehegte Feindschaft zu rächen, Geld auszupressen suchen, sind sie ohne Unterschied, ob Rädelsführer oder Mittäter, ob Beute erlangt wurde oder nicht, sofort zu köpfen.

Sind des Raubes beschuldigte Verbrecher festgenommen, müssen sie strengstens verhört werden. Bekennen sie, mehrmals Raub ausgeführt zu haben, so ist die Zahl der Fälle festzustellen und die Beute zu ermitteln. Erweist es sich, daß sie auch in anderen Gebieten Raub verübten, so hat der Gouverneur festzustellen, ob dort Räuber verhaftet wurden oder nicht, und nachdem die Beute von dem Beraubten erkannt und ihm ausgehändigt wurde, sind die Fälle miteinander verbunden zu verhandeln und die Verbrecher hinzurichten. Ist der Raub

[13]) Ueber Anzeigepflicht vgl. Chines. Strafrecht S. 36 f.

in einer Nachbarprovinz ausgeführt, und sind dort Täter festgenommen, so hat der Gouverneur, in dessen Bereich der Fall stattfand, die Angelegenheit zu untersuchen, die Rädelsführer und Mittäter festzustellen und das Urteil zur Genehmigung einzureichen, worauf die Hinrichtung erfolgt. Sind in der Nachbarprovinz keine Täter festgenommen, und der Verhörte verweigert ein Geständnis, gibt vor, er sei Mittäter, während er Rädelsführer ist, und ein später festgenommener Verbrecher, der Rädelsführer ist, erklärt, er sei Mittäter, der bereits Tote sei Rädelsführer gewesen, ein Umstand, dem bereits Hingerichteten alle Schuld aufzubürden: so haben die Gouverneure mit noch mehr Nachdruck die Sache zu untersuchen und den wahren Tatbestand festzustellen; man darf nicht auf Grund leerer Vermutungen Beschuldigte verurteilen. Wenn Kreisbeamte bereits Hingerichtete nachher fälschlich wieder als Rädelsführer oder Mittäter angeben, oder bei gegenseitiger Rechtshilfe die Sachen nicht schleunigst erledigen, so sind sie zur Bestrafung einzureichen.

Bei Untersuchungen über Raub hat der Strafrichter aus den Zeugenaussagen und den geraubten Sachen sich Klarheit zu verschaffen und nach dem Li die Angelegenheit abzuschließen (durch Verurteilung und Hinrichtung). Gewinnt er aus den geraubten Sachen keine Klarheit und ziehen die Zeugenaussagen weiter andere Leute hinein, so daß die Sache voller Zweifel wird, so scheue man abermalige Verhöre nicht. Tritt der Fall ein, daß später festgenommene Räuber nicht gestehen, geraubte Sachen den Fall nicht aufklären, und die Mittäter bereits hingerichtet sind, so hat die Hinrichtung nach Haftfrist im Gefängnis zu erfolgen.

Bei allen schweren Raubfällen darf nur der Beamte, der einen Amtsstempel besitzt, die Untersuchung führen. Dem Polizeibeamten ist nicht gestattet, geheimes Verhör zu halten. Polizisten, die aus den wilden Nachbarstämmen sind, dürfen nicht eigenmächtig mit Schlägen (Folter) die Aussagen erpressen. Bei Nichtachtung dieses Gebotes wird der Polizeibeamte der

oberen Behörde zur Bestrafung eingereicht, der „wilde Polizist" hat einen Monat den Holzkragen zu tragen und wird mit 100 Hieben bestraft, darauf entlassen. Ist Beute erlangt oder sind unschuldige Leute fälschlich bestraft, so ist schwere Strafe zu bemessen.

Der untersuchende Beamte hat zuerst die Verletzungen zu untersuchen; finden sich keine Wunden, so hat er dies in dem Protokolle zu vermerken, ebenso, daß er keine Verletzungen von eigenmächtigem Verhör (der Polizisten) gefunden hat. Wird dies nicht vermerkt, und der Beamte hilft mit, die Sache zu verbergen, oder läßt den Polizeibeamten die Untersuchung führen, so ist der Beamte, der das Amtssiegel führt, dem Ministerium zur Bestrafung einzureichen.

Bei dem ersten Verhör von Räubern ist die Zahl der Genossen festzustellen und die geraubten Sachen sind wahrzunehmen. Werden die geraubten Sachen von dem Beraubten tatsächlich sicher erkannt, so ist nach dem Gesetz die Strafe zu bestimmen. Steht die Zahl der im ersten Verhör angegebenen Raubgenossen fest, so sind spätere Berichte an die obere Behörde nicht mehr nötig.

Bei einem Diebstahle muß die Zahl der Fälle festgesetzt werden; die erste Aussage des Bestohlenen ist maßgebend. Finden sich dazu gestohlene Sachen vor, so sind die Täter zu verurteilen. Wurden die gestohlenen Gegenstände bereits verbraucht, so ist nach dem Li der Betrag einzutreiben und zu erstatten. Wenn der Bestohlene bezüglich der ihm gestohlenen Sachen falsche Angaben macht, wird er mit 80 Hieben bestraft. Wenn der Beschuldigte erklärt, die geraubten Sachen an einen Platz verkauft zu haben und zwar bei seinen Verwandten, oder wenn Polizisten unter nichtigen Vorwänden die Leute betören (Geld erpressen, mit dem Versprechen, die Sache nicht zu melden), so wird die Strafe einen Grad höher bemessen, als der Diebstahl forderte.

Wenn die Nachbarn merken, daß Räuber Raub ausführen und sie nicht mit vereinten Kräften zusammenstehen und die

Räuber festnehmen, werden sie mit 80 Hieben bestraft. Gelingt es einem Nachbar oder einem anderen Manne oder einem Manne aus dem Hause des Beraubten, einen Räuber festzunehmen, so hat der Beamte dafür 20 Liang Belohnung zu zahlen; sind mehrere festgenommen, ist nach der Zahl zu belohnen. Wer dabei verwundet wird, ist zu untersuchen und es ist ihm nach dem Li betreffend „Dienstboten und verwundete Soldaten“ Belohnung zu erteilen. Die herrenlos eingefangenen Pferde sind zu versteigern und der Erlös ist hierzu zu verwenden. In den Landgebieten sind die gestohlenen und geraubten Gegenstände, die niemand anerkennt noch abholt, zu verwenden.

Wenn Soldaten, Polizisten, Wächter, Wehrbeamte bei der Festnahme von Räubern verwundet werden, sind sie nach dem Li betreffend „Unterhalt für verwundete Soldaten“ zu belohnen, tritt durch die Verwundung Tod ein, ist nach dem Li betreffend „Belohnung für Gefallene bei dem Landheer“ je nach der Person Vergütung zu erstatten.

Wenn in einer Provinz Räuber festgenommen werden, und sie erklären, auch in einer anderen Provinz Raub ausgeführt zu haben, so ist das genau zu untersuchen; die Beschuldigten sind nicht zum Verhör in die andere Provinz zu führen. Wenn Leute der Nachbarprovinz selbst die Sache untersuchen und Leute festnehmen, oder mit dem Ortsbeamten, wo der Fall stattfand, durch Polizisten gemeinsam handeln, so sind die Festgenommenen in dem Gebiet der Festnahme streng in Gewahrsam zu nehmen und zu verhören, das Protokoll ist den beteiligten Beamten in der Provinz, wo der Raubfall stattfand, zuzusenden. Nach erfolgter Untersuchung und Feststellung der geraubten Sachen sowie Verhör von Zeugen, sind die Verbrecher in dem Gerichtsbezirk ihrer Festnahme zu verurteilen und nach erlangter Genehmigung hinzurichten. Dem Beamten in der Provinz, wo der Raubfall stattfand, ist darüber Mitteilung zu machen, und an dem Tatorte sind diesbezüglich Bekanntmachungen zu veröffentlichen.

Finden sich aus den geraubten Sachen keine Anhaltspunkte, oder müssen an dem Orte, wo der Fall vorkam, Raubgenossen vernommen werden, so sind sie nach der Provinz, in der die Leute festgenommen wurden, überzuführen. Hierzu ist je ein bürgerlicher Beamter und ein Wehrbeamter zu entsenden. Mit den erforderlichen Wehrleuten, die ihnen zu Gebote stehen, haben sie die Ueberführung persönlich zu leiten. Längs des Weges, auf dem sich der Zug bewegt, müssen vorher durchgehends Wehrleute beordert werden, die zum Empfang und zur Begleitung als Sicherheit dienen. Wenn es Nacht wird, sind die Sträflinge in sicheren Gewahrsam zu nehmen. Ist man nicht bis zu einer Kreisstadt gekommen, so daß ein Gefängnis bereit stünde, so sind nach dem Platze, wo übernachtet werden muß, tüchtige Dienstleute vorauszusenden, die alle Ortsvorsteher und Schutzleute bestellen und ihnen eröffnen, daß sie mit den begleitenden Wehrleuten eine Sicherheitswache zu bilden haben. Tritt der Fall ein, daß durch Unachtsamkeit begünstigt ein Sträfling entflieht, so sind alle Diensttuenden streng zu vernehmen, und es ist festzustellen, ob nicht Bestechung vorliegt, worauf schwere Strafe zu folgen hat[14]). Die Beamten sind dem Ministerium zur Verantwortung einzureichen.

Wer als Rädelsführer von Räubern einen Menschen verwundet hatte und entflohen war, nachher aber andere Räuber festnimmt und sich mit diesen den Beamten ausliefert, wird als Mittäter, der Leute verwundet hat und sich selbst stellt, behandelt und mit 100 Hieben und 3 Jahren Bann (Arbeitsdienst) bestraft[15]).

Wenn in einer Strafsache gegen Diebe und Räuber noch weiter andere Strafsachen gegen dieselbe Person hinzukommen, so sind die Sachen getrennt zu führen und der Sträfling ist nach einem Falle (dem schwersten) zu verurteilen[16]). Das Ver-

---

[14]) Chinesisches Strafrecht S. 34.

[15]) Ebenda S. 20.

[16]) Ebenda S. 31.

fahren ist sorgfältig niederzuschreiben und der oberen Behörde vorzulegen.

Ergibt sich bei Vorführung der Beschuldigten aus dem Verhör, daß wirklich Raub vorliegt, so ist Wohnung und Vermögen des Beschuldigten zu versiegeln. Ist die Sache erledigt und das Urteil rechtskräftig, werden die Gegenstände des Sträflings versteigert und von deren Erlös dem Beraubten eine Vergütung erstattet. Wenn Verwandte des Räubers davon wissen und Beute annehmen, oder es ist jemand Hehler der Sachen, müssen sie verhört und bestraft werden; auch sind sie mit ihrem Vermögen für Ersatz an den Beraubten haftbar.

Sind in einer Strafsache Beschuldigte besitzlos oder von auswärts, so daß eine Versiegelung und Aufnahme ihrer Vermögensstücke unmöglich ist, so haben die in der Strafsache mitbetroffenen Raubgenossen und Hehler mit ihrem Vermögen nicht nur das, was sie selbst entwendet haben, zu ersetzen, sondern müssen mit ihrem Vermögen auch das, was die Besitzlosen entwendet haben, dem Beraubten durch Versilberung ihres Vermögens ersetzen. Wenn aber Verwandte, die nichts mit der Sache zu tun haben, nichts von der Beute besitzen, zu Ersatzleistung gezwungen werden, so hat der Gouverneur den Fall zu untersuchen und den Beamten zur Bestrafung einzureichen.

Tschia-tsching, im 6. Jahre (1802) verbessert und abgeändert.

Die von Raub oder Diebstahl aufbewahrten Gegenstände müssen von dem Beraubten als sein Eigentum erkannt werden, worauf sie ihm auszuhändigen sind. Ist Zahl und Wert der entwendeten Sachen größer, als die vorhandenen Gegenstände, so sind geraubte Sachen, die herrenlos sind, als Vergütung zuzugeben. Bleiben Sachen übrig, so fallen sie der Amtskasse zu. Zu dem Ersatze sind, wenn es fehlt, Wohnungen und Ländereien des Sträflings zu verkaufen. Wer gestohlene oder geraubte Sachen als Pfand annimmt oder kauft und das nicht wußte, ist schuldlos. Es ist nur die ursprüngliche Beute

zu ermitteln, der Preis von dem Sträfling einzutreiben und dem Beraubten zu geben.

Tschia-tsching, im 6. Jahre (1802) verbessert und abgeändert.

Wenn bei einem Raube Verwandte des Täters davon wissen und an der Beute teilnehmen, werden sie, wenn der Räuber zu sofortiger Enthauptung verurteilt wird, einen Grad niedriger, und zwar mit 100 Hieben und 300 Li weiter Verbannung bestraft; wird der Täter zur Deportation verurteilt, ist die Strafe auf 100 Hiebe und drei Jahre Bann (Arbeitsdienst) festzusetzen. Wenn sie an der Beute teilgenommen haben und tatsächlich nichts von der Sache wußten, sind sie zwei Grad niedriger zu bestrafen, als nach dem Gesetz der Verbrecher bestraft wird. Wenn Väter und ältere Brüder ihre Söhne und jüngeren Brüder nicht meistern können, so daß sie Räuber werden, sind sie mit 100 Hieben zu bestrafen. Wer als Räuber die amtliche Schatzkammer weiß, sich mit mehreren zusammentut und sie beraubt, wird, wenn er die Beute erlangt hat, mit samt seinen Genossen verurteilt und sofort geköpft, sein Kopf wird ausgesteckt. Wer bei solchem Falle als Aufpasser draußen stand und mit Beute erhielt, wird, obwohl er nicht zum Raube schritt, zur Enthauptung nach Haftfrist verurteilt, bis zum Herbstgericht[17]) muß die Sache sicher und entschieden sein. Wer nicht weiß, daß es die amtliche Schatzkammer ist, wird nach dem gewöhnlichen Verfahren über Räuber abgeurteilt.

Tschia-tsching, im 19. Jahre (1815) ergänzt.

Jugendliche Raubgenossen, die noch unter 15 Jahren sind[18]), bedürfen einer milderen Beurteilung. Es ist klar festzustellen, ob nicht die Betreffenden von anderen Leuten verführt und genötigt wurden und so zum Raube geschritten sind. Diese jugendlichen Verbrecher sind mit der vollen Verbannung ohne Einlösung zu bestrafen.

---

[17]) Chines. Strafrecht S. 16. [18]) Ebenda S. 19.

Wer einem Räuber, der sich entschlossen hat, ein Haus auszurauben, als Führer den Weg zeigt, wird nach dem Li als Mittäter bestraft. Wenn der Anführer von Räubern sich nicht entschlossen hatte, zum Raube zu schreiten, und der Führer gibt das Haus und den Namen des Besitzers an, führt die Räuber ein und nimmt teil an der Beute, ist er, auch wenn nicht zur Ausführung geschritten, als Rädelsführer zu bestrafen; Mitleid darf nicht Begnadigung für ihn erbitten.

Wenn manschurische Bannerleute sich des Raubes schuldig gemacht haben, sind sie nach diesem Lü (Gesetz) zu verurteilen; Mitleid darf nicht Begnadigung für sie erbitten.

Wenn der Beraubte Anzeige von dem Raubfalle erstattet hat, darf er nur einmal zum Verhör und einmal zum Erkennen der geraubten Sachen vorgeladen werden. Erkennt er die Sachen als sein Eigentum, sind sie ihm auszuhändigen, damit die Familie beruhigt wird. Der Betreffende darf nicht immer wieder aufs neue vor Gericht geladen und nach Hause geschickt werden, wodurch er geplagt wird. Bei Nichtachtung dieses Gebotes ist der mit richterlichen Geschäften betraute Beamte streng zu bestrafen.

Für Räuber, die sich eines Verbrechens wie Totschlag, Unzucht, Brandstiftung oder gefährlicher Verletzung des Beraubten schuldig gemacht, gibt es, auch wenn sie sich selbst stellen, keine Gnade. Wer dagegen jemand leicht verletzt hat, und die Wunde ist geheilt, oder wer mehrere Raubfälle ausgeführt hat und einen angibt, sich aber, bevor die Sache bekannt wird selbst stellt, wird nach Hsin tschiang deportiert und Soldaten und Offizieren als Sklave zugewiesen. Ist niemand verwundet, so wird jeder, der als Räuber, Hehler oder Einführer, bevor die Sache bekannt wird, sich selbst stellt, mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft. Wer sich stellt, nachdem ihm bekannt wurde, daß der Anführer festgenommen sei, wird nach Yün nan, Kuitschou oder in die beiden Kuangtang-Provinzen an der äußersten Grenze in Malaria-Gegenden unter das Militär gesteckt. Auf seinem Gesicht

werden die zwei Zeichen 改遣 eingeätzt[19]). Jeder, der sich selbst stellt, muß sämtliche Sachen, die er geraubt hat, angeben und durch den Beamten dem Beraubten ersetzen, dann erst sind die Milderungsgründe anzuwenden. Geschieht das nicht, so ist der Umstand, daß er sich selbst gestellt hat, nicht in Anschlag zu bringen. Entflieht einer von denen, die zur Deportation begnadigt sind[20]), so ist er, wenn wieder festgenommen, sofort hinzurichten, ein zu Verbannung verurteilter Verbrecher ist einen Grad höher zu bestrafen. Ein Räuber, der leere Häuser oder auf dem Felde zusammengehäuftes Getreide in Brand steckt, wird mit Verbannung bestraft; wenn es ein schwerer Fall ist, in der Nähe der Grenze unter das Militär gesteckt.

Tung tschi, im 9. Jahre (1871) erlassen.

Wer von einem Raubfalle Kenntnis hat und es nicht anzeigt[21]), oder zum Raube genötigt wird, im entscheidenden Augenblicke aber wegläuft und ihm nachher Beute gegeben ist, damit er den Mund hält, wird mit 100 Hieben und drei Jahren Bann (Arbeitsdienst) bestraft, wenn er Beute im Werte unter 100 Liang erhalten hatte. Ist der Wert über 100 Liang, so ist er als Mittäter nach dem Gesetz über Diebstahl zu bestrafen. Ist der Wert über 120 Liang, wird er nach dem Li bestraft und in die Nähe der Grenze unter das Militär gesteckt.

Tung tschi, im 9. Jahre (1871) verbessert und abgeändert.

Wird in einer Strafsache gegen Räuber der Verbrecher zu Deportation begnadigt, und er führt sich am Orte der Strafverbüßung gut, sein Vorgesetzter nun sucht sich seiner Frauen und Töchter zu bemächtigen, oder andere Leute mißhandeln den Sträfling, daß er stirbt, so wird sein Vorgesetzter sowie die Leute, die ihn mißhandelt haben, nach dem Gesetz bestraft. Ist der Sträfling halsstarrig und unverbesserlich, seinem Vor-

---

[19]) Sie bedeuten, wie mir Herr Wang Tschengtschuan (Attaché der chinesischen Gesandtschaft) mitteilt, gei-tschien d. h. Verbannungsveränderung.

[20]) Chines. Strafrecht S. 35.

[21]) Ebenda S. 36.

gesetzten ungehorsam, oder er selbst mißhandelt ohne Ursache andere Leute, so wird sein Vorgesetzter nicht bestraft, wenn er ihn totschlägt, andere Leute dagegen einen Grad niedriger, als das Gesetz fordert.

Wer mit narkotischen Mitteln Leute betäubt und Beute erlangt hat, oder Anstifter war, die Mittel anwandte, oder nach der Betäubung zweimal an der Wegnahme der Sachen beteiligt war, oder wer in der Bereitung narkotischer Mittel Anweisung erteilt, wird nach dem Gesetz sofort geköpft; die Mittäter werden nach Hsin tschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklaven zugewiesen.

Wird jemand betäubt, durch Hinzutreten anderer Leute jedoch wieder zur Besinnung gebracht, so sind die Täter, auch wenn sie keine Beute erlangt haben, wohl aber zur Bereitung narkotischer Mittel Anweisung erteilten, oder diese selbst anwandten, nach Haftfrist bei dem Herbstgericht zu köpfen. Wer bei der Bereitung narkotischer Mittel ertappt wird und die Sache dadurch an das Licht kommt, oder wenn ein Mensch, der betäubt werden soll, es merkt, und sich nicht betäuben läßt, wird der Täter als Sklave nach Ili deportiert. Wenn der Sträfling an dem Orte der Deportation die Bereitung narkotischer Mittel weiter treibt und andere darin unterrichtet, oder mittels der Betäubung wieder Diebstahl begeht, oder entflieht, ist er nach erlangter Genehmigung hinzurichten; seine Mittäter sind einen Grad niedriger zu bestrafen.

Tschia-tsching, im 6. Jahre (1802) verbessert und abgeändert.

Wenn Lan-kua-Räuber zu Hause in der Kunst ihres Räuberhandwerks Unterricht erteilen, sind sie wie Anstifter nach dem Gesetz über Hehlerei bei Raub zu bestrafen und sofort zu köpfen, auch wenn sie nicht zur Ausführung geschritten sind, wohl aber an der Beute teilgenommen haben. Die Leute, die sie unterrichtet haben, auch wenn sie nicht zur Ausführung geschritten sind, werden nach Hsin tschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklaven zugewiesen;

wird nicht klar erwiesen, daß sie an dem Unterricht teilgenommen haben, aber um dies Räuberhandwerk gewußt haben und es nicht anzeigten, werden sie mit 100 Hieben bestraft.

Tung tschi, im 9. Jahre (1871) verbessert und abgeändert.

Wer mehrere Häuser beraubt hat, und sich den Beamten stellt, dabei angibt, er habe nur ein Haus beraubt, wird an der äußersten Grenze von 400 Li weit weg unter das Militär gesteckt; wenn er entflieht und wieder gefaßt wird, ist er nach dem Li höher zu bestrafen und an einen anderen Ort zu deportieren.

Tschia-tsching, im 6. Jahre. Zusatz.

Wer in einem Raubfalle für Seeräuber Späher gewesen ist, wird als Rädelsführer enthauptet, sein Kopf wird ausgesteckt; es darf nicht für ihn um Begnadigung nachgesucht werden. Wenn er sich selbst stellt, wird er nach diesem Li betreffend Räuber, die sich selbst stellen, verurteilt. Um Begnadigung ist nachzusuchen für solche, die noch unter 15 Jahren sind; wurden sie verführt, Räubern sich anzuschließen, so sind sie ebenfalls nach diesem Li zu verurteilen.

Tung tschi, im 9. Jahre.

Wenn in einer Strafsache gegen Räuber kund wird, daß sie Leute auf ihr Schiff entführt, um sie als Diener zum Rudern, zum Führen der Rechnung u. a. m. zu verwenden, oder wer nach einem Raubfalle auf ein Schiff entführt wurde, zu widernatürlichem Zwecke dort ist, an den Räubereien jedoch nicht teilnimmt und sich selbst dem Beamten zur Anzeige stellt, wird nicht bestraft. Muß er festgenommen werden, ist er mit 100 Hieben und 3 Jahren Bann zu bestrafen. Ist er noch zu minderjährig, kann er nach dem Gesetz ausgelöst werden.

Wer bei einem Diebstahle sich der Festnahme widersetzt, mit Waffen den Bestohlenen verletzt, ist mit dem Tode durch Enthauptung zu bestrafen. Hat er gehört, daß seine Festnahme erfolgen sollte, und er liefert aus Furcht die gestohlenen Sachen dem Eigentümer aus, so ist er, falls die Sache sich wirklich

als Wahrheit erweist, mit Verbannung zu bestrafen. Ist die Sache zweifelhaft und sind weitere Beweise nicht vorhanden, so ist der Betreffende zum Strang zu verurteilen und bei dem Herbstgericht hinzurichten.

Tschia-tsching, im 6. Jahre (1802) Zusatz.

Wer bei einem Diebstahle Notzucht verübt, wird, wenn die Tat zur Ausführung gekommen ist, sofort geköpft. Wer mit überlegte, daß man Notzucht verüben wollte oder nicht zur Ausführung kam, ist nach Haftfrist mit dem Strang zu bestrafen. Wer der Diebsbande angehört, von der Notzucht jedoch nichts weiß, und wenn bei der Untersuchung die Sache sich tatsächlich so erweist, wird als des Diebstahls schuldig bestraft.

Tschia-tsching, im 19. Jahre (1805) verbessert und abgeändert.

Wer bei einem Diebstahle auf frischer Tat sich der Festnahme widersetzt und um die Wegnahme der Beute zu ermöglichen jemand tötet, sei es auf dem Orte der Tat oder von diesem entfernt, wird sofort geköpft; es ist einerlei, ob es der Bestohlene selbst ist, der getötet wurde, oder ein Nachbar. Ein Mittäter, der mit Waffen jemand verwundet oder mit anderen Gegenständen (Händen, Füßen) jemand verletzt, wird nach Haftfrist erhängt. Wer nicht mit Waffen noch mit anderen Gegenständen jemand verletzt (lediglich mittut und schlägt), wird nach Yün nan, Kuitschou oder in eine der beiden Kuangtung-Provinzen an der äußersten Grenze in Malaria-Gegenden unter das Militär gesteckt. Wer sich der Festnahme widersetzt, nicht am Schlagen teilnimmt, niemand verletzt, wird an der äußersten Grenze voll 400 Li weit unter das Militär gesteckt. Stirbt der mit Waffen oder anderen Gegenständen Verletzte nicht, so ist der Anführer nach Haftfrist zu köpfen, der Mittäter in der Nähe der Grenze unter das Militär zu stecken. Ist die Verwundung nicht durch Waffen verursacht, leichterer Art, so daß sie bald wieder heilt, wird der Rädelsführer an der Grenze unter das Militär gesteckt. Ist der Verbrecher

über 50 Jahre, ist er in der Nähe der Grenze unterzubringen. Wurde bei dem Widerstand gegen die Festnahme niemand verletzt, ist der Anführer in der Nähe der Grenze unter das Militär zu stecken, die Mittäter sind je mit 100 Hieben und 3 Jahren Bann (Arbeitsdienst) zu bestrafen. Wenn der Bestohlene nachher in der Sache weiterforscht und festnehmen will und der Betreffende sich dann der Festnahme widersetzt, ist er ebenfalls nach diesem Gesetz betreffend Widerstand gegen Festnahme mit Unterscheidung, ob getötet oder nur verletzt, zu verurteilen.

Tschia-tsching, im 6. Jahre von dem Abschnitt über Diebstahl hierher übernommen und im 11. Jahre erlassen.

Wer bei einem Diebstahle ertappt, die Sache wegwirft und entflieht, von dem Bestohlenen verfolgt, sich der Festnahme widersetzt oder wer auf der Flucht merkt, daß von seinen Genossen einer gefaßt wurde und er diesen nun zu befreien sucht, dabei jemand tötet, wird, wenn Rädelsführer, nach Haftfrist geköpft, wenn Mittäter, nach Haftfrist gehängt; sind die Verletzungen nicht mit Waffen herbeigeführt und nicht gefährlich, wird der Beschuldigte in der Nähe der Grenze unter das Militär gesteckt. Wer nicht mit zugeschlagen hat und niemand verletzte, wird mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft. Stirbt der Verletzte nicht an seinen Wunden, ist der Rädelsführer nach Haftfrist zu hängen, die Mittäter mit zu bestrafen. Ist die Verwundung nicht durch Waffen verursacht, leichter Art, so daß sie bald wieder heilt oder bei dem Widerstand gegen die Festnahme keine Verletzungen vorkamen, so ist der Fall jedesmal nach diesem Gesetz zu schlichten.

Tschia-tsching, im 6. Jahre übernommen.

Wer ein Getreideschiff beraubt, wird, wenn es keine mildernden Umstände dabei gibt, sofort geköpft: sein Kopf wird zur Schau ausgesteckt.

Wenn in einer Strafsache gegen Räuber mildernde Umstände vorliegen, so daß der Sträfling verbannt wird, dann

entflieht und nach dem Gesetz hingerichtet werden muß, so kann, wenn bei der Verurteilung alle Stimmen gegen Todesurteil sind, nach den Graden mildere Strafe eintreten.

Tschia-tsching, im 11. Jahre (Zusatz).

Wenn der kaiserliche Wagen im Yüen ming yüen (Lustgarten bei Peking) oder auf Reisen ist, und diebisches Gesindel stiehlt in der Nähe in Speicher und Beamtenhäusern, sich dann bei der Festnahme widersetzt und Offiziere und Soldaten verwundet, wird der Betreffende, wenn er mit Waffen oder gefährlichen Werkzeugen und innerhalb eines Li von den Wohnungen der Beamten entfernt die Tat beging, wenn Rädelsführer, sofort geköpft, wenn Mittäter, nach Ili deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen. Ist die Verletzung nicht mit Waffen geschehen, leichter Art, so daß sie bald wieder heilt, wird der Rädelsführer nach Ili deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen: Mittäter werden mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft. Wird die Tat in der Entfernung über einen Li hinaus, aber innerhalb von 3 Li verübt, und zwar mittels Waffen oder gefährlichem Werkzeug, so ist der Rädelsführer sofort mit dem Strang zu bestrafen, die Mittäter werden mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft. Ist die Verletzung nicht mit Waffen geschehen, leichter Art, so daß sie bald wieder heilt, wird der Rädelsführer mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft, die Mittäter mit 100 Hieben und 3 Jahren Bann (Arbeitsdienst). Ist der begangene Diebstahl an und für sich so schwer, daß Bann oder Verbannung darauf steht, werden diesem Li zwei Grade von dem Gesetz betreffend Widerstand gegen Festnahme zugefügt. Wenn bei dem Widerstand gegen die Festnahme ein Beamter oder Soldat verletzt wurde, so ist ohne Rücksicht darauf, ob die Tat innerhalb eines Li oder drei Li verübt wurde, der Rädelsführer sofort zu enthaupten und sein Kopf zur Schau auszustecken, Mittäter, die mit Waffen oder gefährlichem Werkzeug tätlich mithalfen, sind sofort mit dem Strang zu bestrafen. Ist die Verletzung

nicht mit Waffen oder gefährlichem Werkzeug geschehen, wird er nach Haftfrist erhängt. Wer nicht tätlich mithalf, wird nach Ili deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen. Wenn der kaiserliche Wagen auch nicht gerade an demselben Tage da hält, ist doch nach diesem Li zu handeln.

Tschia-tsching, im 9. Jahr. Zusatz. Tau kuang, im 25. Jahr wieder verbessert.

In der Provinz Kuangtung ist bei einem Raubfalle auf Flüssen folgendes maßgebend.

Ist bei den Betreffenden vorher schon einmal oder zweimal Raub vorgekommen, oder zählt die Bande bis über 40 Mann, so ist festzustellen, ob die Leute nicht Mitglieder einer geheimen Gesellschaft sind oder sonstwie schwere Fälle sie belasten; es ist dann nach dem Li die Sache durch Weitergabe an die oberen Behörden zu behandeln. Zählt die Bande über 40 Mann oder, wenn weniger, aber die Leute sind Mitglieder einer geheimen Verbindung, so sind die Betreffenden — bei Widerstand oder Verletzung des Beraubten oder bei Verletzung von Amtsboten, oder wenn die Leute sich selbst fälschlich als Beamte bezeichnen, oder wenn von ihnen vorher schon dreimal geraubt wurde, oder wenn sie 2—3 Jahre flüchtig waren und nun gefaßt worden sind — sofort zu köpfen, ihr Kopf ist auszustecken.

Tung tschi, im 9. Jahre, verbessert und abgeändert.

Wenn der Rädelsführer einer Räuberbande entkommt, und die Raubgesellen geben seinen Aufenthaltsort sicher und bestimmt an, so ist für die Frist der Festnahme ein Jahr zu setzen. Ist innerhalb eines Jahres der Festzunehmende nicht zu kriegen, so sind die Gesellen nach dem Gesetz abzuurteilen. Wird der Rädelsführer im Laufe des Jahres festgenommen, ist über die Leute, die seinen Aufenthalt angegeben, nicht auf Todesstrafe zu erkennen, sondern sie sind nach Yün nan, Kuitschou oder in eine der beiden Kuangtung-Provinzen zu deportieren und werden dort unter das Militär gesteckt. Auf dem

Gesicht des Sträflings sind die beiden Schriftzeichen 改遣 einzuätzen[22]). Wenn nach dem Milderungsgründe vorhanden sind, so daß der Sträfling nicht mit dem Tode bestraft werden darf, und er gibt den Aufenthaltsort des Anführers an, so wird er, falls der Anführer festgenommen wird, mit 100 Hieben und 3000 Li weiter Verbannung bestraft[23]).

Tau kuang, im 15. Jahre; verbessert und abgeändert.

Wenn die Matrosen eines Getreideschiffes Raub begehen und jemand dabei töten, werden sie, ob viel oder wenig, ob sie Beute erlangt haben oder nicht, sofort geköpft; ihr Kopf wird ausgesteckt. In einem Raubfalle mit Anwendung von Gewalt, aber ohne Waffen, wird der Täter auch nach diesem Li bestraft, wenn er einen Menschen tötete. Wer als Mittäter tätlich wurde und mit Waffen, mit Hand oder Fuß jemand gefährlich verletzte, ist zum Strang zu verurteilen und sofort hinzurichten. Ist die Verletzung nicht gefährlich, wird er nach Haftfrist erhängt. Wer als Mittäter nicht tätlich wurde, wird nach Hsintschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen.

Wer aus alter Feindschaft und Rache jemand mit Ueberlegung und mit Absicht tötet, ist ebenfalls sofort zu enthaupten[24]). Wenn bei der Untersuchung klar wird, daß nicht Ueberlegung noch Absicht vorliegt, sondern lediglich eine Zusammenrottung und gegenseitige Schlägerei, ist nach dem Li betreffend „Totschlag aus Feindschaft und Rache in der Provinz Kuangtung“ die Sache zu schlichten.

Wer Gewehre oder Feldschlangen verborgen hält, wird, auch wenn er nicht damit geschossen noch jemand verwundet hat, nach Hsintschiang deportiert und Offizieren und Soldaten als Sklave zugewiesen. Wenn obige Verbrecher bei der Festnahme Widerstand mit Werkzeugen leisten und jemand ver-

---

[22]) Vgl. oben S. 200.

[23]) Chinesisches Strafrecht S. 20.

[24]) Ebenda S. 39 f.

letzen, werden sie sofort geköpft und ausgesteckt[25]). Doch nur solche, die zur Enthauptung verurteilt waren; solche, die zum Strange verurteilt waren, sind sofort zu erhängen; solche, die zur Deportation verurteilt waren, sind nach Haftfrist zu erhängen.

Wer bei Widerstand gegen Festnahme Rädelsführer ist, wird ohne Rücksicht, ob ein leichtes oder schweres Verbrechen ihn belastet, sofort geköpft, sein Kopf wird ausgesteckt. Die Mittäter werden nach dem Li betreffend „Widerstand gegen Festnahme“ verurteilt.

Wenn in der Gegend, wo das Getreideschiff durchkommt, arbeitloses Gesindel Raub begeht und jemand dabei tötet oder bei der Festnahme Widerstand leistet und jemand verletzt, sind sie ebenfalls nach diesem Li zu verurteilen. Wer ein gefährliches Werkzeug trägt, doch nicht zur Ausführung irgend einer Tat geschritten ist, wird mit 100 Hieben bestraft; oder, wenn einen Grad höher erforderlich ist, mit 60 Hieben und einem Jahr Bann.

Der Beamte über die Verfuhr von Getreide ist verpflichtet, Tag und Nacht zu untersuchen, und wenn Dschunken festgelegt haben, sie einzutragen und zu beaufsichtigen, ähnlich wie die Dorfältesten in ihrem Sprengel die Aufsicht führen. Wer keine Erkennungsmarke hat, ist mit Hilfe der Polizei festzunehmen; die Sache ist zu untersuchen und die Schuldigen sind zu bestrafen. Wenn bei den Steuerleuten sich verdächtige Spuren finden, daß sie Leute verbergen und nicht zur Anzeige bringen, sind sie gleichfalls zu bestrafen. Wer von den Schutzleuten oder Soldaten nicht vorsichtig zu Werke geht, Verdächtige entwischen läßt, ist strengstens zu bestrafen und zu entlassen.

Tau kuang, im 20. Jahre (Zusatz).

---

[25]) Chinesisches Strafrecht S. 35.

VII.

Die Strafe im polnisch-schlesischen Rechte im 12. und 13. Jahrhundert.

Von

Marceli Handelsman, Warschau*).

Einleitung.

Die Bedeutung der Urkunden. Die Gliederung des Stoffes. Der Charakter der strafrechtlichen Quellen in Schlesien (im 12. bis zum 13. Jahrhundert).

Dąbkowski in seiner ausgezeichneten Abhandlung über „Bürgschaft nach dem polnischen mittelalterlichen Recht" [1]) behauptet, daß jeder, der sich mit irgend welchem Rechtsinstitut des polnischen Mittelalters beschäftigen will, sich mangels diesbezüglicher Quellen nur auf zwei Jahrhunderte (das 14. und 15.) begrenzen muß. „Selbst die sich auf uralte Vergangenheit beziehenden Urkunden können sehr wenig helfen" — sagt er. Dem Forscher bleiben die Anfänge unbekannt und so müssen sie auf andere Art und Weise restituiert werden. Hier wird die retrospektive Methode und die Vergleichung mit anderen Rechten, in erster Linie mit dem böhmischen Recht, behilflich werden.

Mit diesen Ausführungen Dąbkowskis sind wir nicht einig.

*) Arbeit aus den von Prof. Kohler im Sommersemester 1905 geleiteten Uebungen aus der Geschichte des Strafrechts und der vergleichenden Rechtswissenschaft.

[1]) Rękojemstwo w prawie polskiem średniowi ecznem, Lwów, 1904, S. 1—2.

Für ihn sind die wichtigsten, wollen wir nicht sagen, die allein wichtigen Quellen, die sogenannten Grod- und Landbücher (księgi grodzkie i ziemskie). Auch für das 14. und 15. Jahrhundert sind für ihn die Urkunden von einer nebensächlichen Bedeutung. Und das muß für diese Periode als richtig gelten. Es darf aber nicht vergessen werden, daß das Mittelalter sowohl bei uns, wie irgendwo anders, als kein einheitlicher Zeitabschnitt gelten kann, daß man hier Einteilungen einführen muß und daß dasselbe Institut im Anfange einer Unterabteilung und am Ende der nächstfolgenden oft ganz andere Gestalt annehmen kann. Wenn man für das spätere Mittelalter die Grod- und Landbücher als ausschlaggebend und charakteristisch für das innere Rechtsleben halten muß, konzentriert sich das Rechtsleben des früheren Mittelalters in den Urkunden. Man muß eine eingehende Forschung derselben vornehmen, um die vereinzelten spärlichen Merkmale, die das Ganze aufzufassen erlauben, hervorheben zu können. Die retrospektive Methode kann bei Erklärung der sich auf frühere Zeiten beziehenden Zustände behilflich werden. Das 12. und 13. Jahrhundert müssen selbständig nach ihren eigenen Quellen rekonstruiert werden, um einerseits als Vorstufe des späteren quellenreichen 14. und 15. Jahrhunderts gelten zu können, andererseits, um als Bausteine für die Zustände in der dem 12. Jahrhunderte vorangehenden Epoche zu dienen.

Wenn wir aber irgendwelches Institut dieser Zeit untersuchen wollen, so darf nicht vergessen werden, daß noch eine Schwierigkeit zu überwinden ist. Vom Jahre 1139 ab ist das polnische Reich in, im Sinne des inneren Rechtslebens, selbständige Fürstentümer geteilt worden. Dies war kein Zufall, sondern die Interessen der fürstlichen Familie gingen Hand in Hand mit der uralten provinzialen Partikulärentwicklung. Das Reich ist in die Hauptgruppen der uralten Stämme zerfallen und wenngleich diese Teilung politisch (was die Verfassung betrifft) belanglos war, so findet man in jedem Gruppengebiet ein selbständiges Rechtsleben. Um ein wirkliches Bild

jedes einzigen Instituts zu geben, muß man jedes Gebiet besonders untersuchen. Erst dann können die charakteristischen Merkmale des (groß)polnischen, schlesischen, kleinpolnischen, mazovischen u. s. w. Lebens zusammengefaßt und erst dann kann ein einheitliches Bild des polnischen Rechts mit allen seinen Schattierungen herausentwickelt werden. Außerdem gilt neben dem polnischen Recht noch gemeines und polnisches kanonisches Recht und nebenbei mit der Kolonisation eingeführtes deutsch-städtisches Recht, das im Anfange den Charakter von Immunitäten trägt. Auch diese Rechtssysteme müssen mit den vorher erwähnten zusammengefaßt werden, damit ihre Gegen- und Zusammenwirkung erklärt werden kann. In den nächstfolgenden Ausführungen (die als Teil einer größeren Arbeit gelten sollen) werden wir uns ausschließlich mit der Strafe im polnisch-schlesischen Rechte zu beschäftigen haben.

Für das 12. Jahrhundert ist die immerfort schwächer werdende Gewalt des Fürsten charakteristisch. Das Abschwächen ist von Bedeutung auf allen Gebieten des sozialen und politischen Lebens dieser Zeit, auch auf dem Gebiete des Strafrechts. Die fürstliche Gewalt wird immer unbedeutender, sie tritt vor der emporsteigenden Macht der Gesellschaft und besonders der Kirche in den Hintergrund. Der Klerus ist zuerst friedlich, er tritt als Träger der neuen Kultur und als Vertreter der überirdischen Mächte hervor. In ihrem religiösen Gefühl wenden sich die polnisch-schlesischen Fürsten selbst in weltlichen Fragen an die Hilfe der Kirche. Der neue Gott übernimmt die Rechte und Befugnisse der alten Götter und selbstredend auch — die Rache. Wenn der Fürst sich nicht stark genug fühlt, da findet er Hilfe bei Gott. Er wendet sich mit der Bitte, Gott soll jeden Frevler strafen, er läßt selbst anstatt seiner Gewalt die kirchliche mit ihrem Anathema eintreten. Und dies ist auch fast allgemein der Fall in den Verordnungen, die die kirchlichen Güter betreffen. Rogo igitur universos et firmiter interdico, nequis unquam aliquem monachorum ordinem

in predictum claustrum inducere preter hunc sanctimonialium ordinem moliatur et quicunque secus fecerit, precor Deum omnipotentem et memorati loci patronos, ut quecunque persona sit, ille vel illa, plaga terribili et insanabili a planta pedis usque ad verticem feriatur.[2]) So wird die Beschränkung der Macht des Fürsten im Leben verwirklicht. Hier waren auch noch andere rein ökonomische Ursachen von Bedeutung, deren Einfluß aber auch derselbe war. — Dieselben religiösen Motive erklären es, daß nicht nur die Fürsten, sondern auch vornehme Private reiche Stiftungen ins Leben rufen. Diese Stiftungen bestanden aber nicht nur in liegenden Gütern, sondern auch in Abgaben, die die Bevölkerung dem Fürsten leisten mußte. Die nicht geringsten waren die Gerichtsabgaben. So war es auch ganz natürlich, dass die Kirche, indem sie die Befreiung der Landbevölkerung von den staatlichen Lasten bewerkstelligte, die Gerichtsabgaben einnehmen wollte, und dies gelang ihr vortrefflich. In einigen Fällen gab ihr der Fürst die ganze Jurisdiktion. Boleslaus der Hohe z. B. gibt dem Abt des Leubusklosters judicium de omni causa tam capitali, quam manus, was hauptsächlich darin bestand, daß, quidquid inde solucionis evenerit tam pro culpis, quam pro penis, hoc abbatis et suorum judicium totum erit[3]), oder Heinrich mit dem Barte schenkt dem Kloster in Trebnitz omnia jura judicandi tam supremarum causarum, quam infirmarum nihil eorum excipiens, d. h. er überläßt alles, quae pertinent ad judicium, quemadmodum ad meum ducatum spectabant[4]). In anderen Fällen bekommt die Kirche die Gerichtsbarkeit nur über einige Verbrechen, die anderen verbleiben dem Fürsten, z. B. Heinrich gibt im Jahre 1206 den Dörfern Probistein und Harprechtsdorff omnia judicia . . . exceptis dumtaxat stupris et furto[5]); oder die Kapitalver-

[2]) Haüsler, Urkundensammlung zur Geschichte des Fürstentums Oels . . . 1883 (zit. Oels), 42 N. 18 (1208).

[3]) Die Urkunden des Klosters Leubus, 1821 (zit. Leubus), 7 N. 2.

[4]) Oels, 65 N. 36 (1224).

[5]) Sommersberg, Scriptores rerum silesiacarum, I, 932 N. 17.

brechen unterliegen der fürstlichen Jurisdiktion, einen Teil von den Einkünften gibt er der Kirche und überläßt ihr alle leichteren Vergehen: Graves causas nos judicabimus, scilicet capitales ... alias omnes causas judicabit abbas; so charakterisiert Heinrich im Jahre 1221 das Recht der Sandkirche[6]); als er mit St. Vincenz Kirche einen Umtausch machte (1214), sagte er: Graves causas nos judicabimus, scilicet capitales, de quibus dominus abbas terciam partem a nobis recipiet[7]). Endlich übergab der Fürst das ganze Recht, mit Ausnahme einiger Abgaben in signum dominii[8]). Alle diese Begünstigungen verursachten, daß nicht nur der Klerus seine Leute als frei vom fürstlichen Banne betrachtete, sondern sich selbst davon zu befreien verstand. Boleslaus führte mit der Kirche einen Kampf und bei seiner Niederlage mußte er folgende Akte unterschreiben: Clericos nec captivabimus nec in exilium mittemus, und nec alieni de cetero beneficium ecclesiasticum inordinate auferamus, sed si quis clericus adeo excesserit .. de hoc coram episcopo in judicio cum ipso experiemus[9]). Die Kirche ist so mächtig geworden, daß sie einen Satz aufzustellen vermochte, der sich gegen die ganze weltliche Verfassung richtete: domum deo collatum non expedit legibus principum subiacere[10]). Zunächst mußte dies dazu führen, daß die Kirche ihre Ansprüche auf Anteil an dem Strafengelde und Strafgerichten als uralte Berechtigung auffaßte. Derselbe Boleslaus mußte bewilligen, daß zwischen ihm und dem Breslauer Kapitel eine compositio über die Verteilung der Geldstrafen angeordnet wurde (i. J. 1249)[11]).

---

[6]) Oels, 58 N. 32 — auch ib. 90 N. 57. Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte in Schlesien und Oberlausitz, 1832 (zit. Tzschoppe), 280 Nr. 5.

[7]) Korn, Breslauer Urkundenbuch, 1870 (zit. Korn), 4 N. 2. cf. Oels, 47 N. 23, Cod. Majoris Polonie (Wp.) I, 566 N. 606.

[8]) Stenzel, Urkunden zur Geschichte des Bistums Breslau, 1845 (zit. Breslau), 22 N. 12.

[9]) Wp. I, 558 N. 598.

[10]) Leubus, 161 N. 69.

[11]) Oels, 80—82 N. 48.

Auch der hartnäckige Heinrich mußte im Jahre 1290 eine ähnliche compositio bewilligen [12]). Alle diese Tatsachen veranlaßten, daß am Ende des Jahrhunderts die Kirche fast in allen Gütern das Recht, selbst Strafgerichte zu halten, besaß, daß die jurisdictio ac facultas majoris judicii supra causis sanguinum et specialiter super omnibus causis majoribus, que jus ducale actenus contingebant [13]) nicht mehr als Fürstenrecht galt, nicht mehr das eigentliche polnische Recht bildete. In den oben erwähnten Urkunden finden wir Berichte über die Rechtsordnung, die in den kirchlichen Gütern ausnahmsweise ausgeschlossen ist, die aber für das ganze Land als Regel gilt. Deswegen sind gerade diese Urkunden die wichtigste Quelle für die Schilderung der Strafe im 12. und 13. Jahrhundert.

Eine ähnliche Entwicklung läßt sich in Bezug auf die Adelsgüter bemerken. Hier spielten aber ausschließlich ökonomische Momente die ausschlaggebende Rolle. Einerseits sehen wir, daß die Fürsten selbst den edlen Herren Güter schenkten, um sie dem Thron treu zu machen; mit den ihnen verliehenen Gütern bekommen die Herren alle Befugnisse, die der souveräne Herr selbst ausübt. Als Dank für die Treue gibt Herzog Boleslaus II. dem Herrn Iko omnia jura ducalia, videlicet judicia majora, homicidia, furta, effusiones sanguinis et ejus similia in seinen Gütern [14]). Das waren kluge Maßregeln, die die Krone selbst einführte, um sich starke Anhänger unter dem Adel zu verschaffen. Diese Maßregeln genügten aber nicht. Neue ökonomische Aufgaben treten hervor. Wir sehen in Schlesien schon die ersten Spuren der Geldwirtschaft, die das ganze sozialpolitische Leben verändern mußte. Um der Geldwirtschaft Lebenskraft zu geben, mußte man Erleichterungsmittel schaffen. Dazu gehörte in erster Linie die Selbständigkeit auf allen Gebieten, auch auf dem Gebiete der Justiz.

---

[12]) Tzschoppe 290 N. 13.

[13]) Breslau, 251 N. 250.

[14]) Tzschoppe, 335 N. 44.

Der Adel bekommt in den ihm unterliegenden Gütern das jus supremum super collum et manus judicare[15]). Die Kolonisation begnügt sich damit nicht: die Schulzen der kolonisierten Güter bekommen selbständige strafrechtliche Befugnisse. Dedi eciam eidem villico iura omnia . . gladium, baculum et potestatem omnia membra auferendi[16]). Wir machen hier auf die Ausnahmen aufmerksam, die eingeführt wurden, und lassen das neu eintretende deutsche Recht, das den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt wurde, beiseite. Hier heben wir die große Zahl der Immunitätsurkunden, die sowohl im Leben des Adels wie der Kirche einen Charakter von Ausnahme bildeten, hervor. Sie sind die zahlreichste, wenn auch einseitige Gruppe von Quellen, die eine Idee von der Strafe im frühen Mittelalter geben können. Die Bevölkerung, die in den Urkunden erwähnt ist und auf die sich die neue Regelung bezieht, besteht ausschließlich aus Bauern. Diese Gruppe der Quellen enthält also nur einen geringen Teil des polnischen Strafrechts. — Andere Urkunden sind in einer kleineren Anzahl vorhanden.

Eine ganz besondere Bedeutung für uns hat der sogenannte Liber fundationis claustri S. Mariae virginis in Heinrichow[17]). Als Buch, in das ausländische Mönche alle Rechtsgeschäfte ihrer Kirche eingetragen haben, kann der Liber wichtige Angaben bieten. Die Ausländer konnten alles besser wahrnehmen, weil alles für sie neu war. Sie machten auf solche Verfahrensweisen aufmerksam, an die ein Pole dieser Zeit gewöhnt war. — Endlich sind die Vite Ste. Hedwigis hervorzuheben. Das ganze Leben jener Zeit spiegelt sich deutlich in diesem Buche ab, das einerseits die Rolle eines Abbildes der Wirklichkeit — cum grano salis, — anderseits der beste Tröster der gelehrten Leute war.

---

[15]) Sammter, Chronik von Liegnitz, I, 446 (1252).

[16]) Cod. dipl. Siles. II, 10 N. 10.

[17]) ed. Stenzel, 1854. Cf. Hube, Opera. Prawo polskie w wieku trzynastym, (1905) II, 339 (zit. Heinrichow).

I.

Der Charakter des Strafrechts. Gewohnheits- und Gesetzesrecht. Der Begriff der Strafe. Die Terminologie. Privatrache. Oeffentliche Rache. Die neuen Züge. Die Entwicklung der Strafe.

Das Strafrecht in den ersten Zeiten trägt, wie auch das gesamte Leben, den Charakter des Gewohnheitsrechtes. Die ausschlaggebende Bedeutung für die Strafe hat die consuetudo terre. Selbst der Verbrecher, nachdem er in seinem Rechte wiederhergestellt war, betonte ausdrücklich, daß seine Strafe eine Konsequenz iudicii et iuris racione ac tocius terre consuetudine exigente war[18]). Im Lande hatte sich schon eine starke Ueberzeugung von der Notwendigkeit einiger Maßregeln wider die Verbrecher entwickelt, selbst der Verbrecher mußte sie anerkennen. Die consuetudo antiquitus observata[19]) spielte eine Rolle in allen Fällen: als solche war sie ein Beweis im Strafverfahren, natürlich wenn der Angeklagte genügend stark war, um sein Recht geltend zu machen. —

Neben der Gewohnheit sehen wir auch das Gesetz, das aber nicht den Charakter eines festgestellten Rechtssatzes trägt, sondern vielmehr eine Feststellung willkürlicher Willensäußerung des Herrschers zu sein scheint. Um einen richtigen Begriff von der Rolle des Gesetzes im Strafrecht zu erhalten, muß man vorerst einige Bemerkungen über die Stellung des Fürsten selbst beifügen. Sein Recht, die Fürstengewalt, die man dominium zu nennen pflegte, oder auch das jus ducale, bestand in erster Linie in der Strafgewalt. Wir finden iure nostro ducali cum judicio manus et capitis[20]), judicium etiam manus et capitis, quod respectum semper habuit ad nos[21]), omnia iura ducalia, videlicet judicia majora homicidia, furta,

[18]) Heinrichow, 76.

[19]) Breslau 80 N. 70.

[20]) Leubus, 171 N. 75.

[21]) Ib. 173 N. 76; S. 21 N. 6.

effusiones sanguinis [22]), so daß wir ganz bestimmt behaupten können, daß man die Strafgewalt als das wichtigste Merkmal des dominium erachtete. Hieran schließen sich noch die anderen Merkmale, die aus den späteren Zeiten stammen. Der Fürst behält sich einige Teile der ehemaligen Jurisdiktion — in signum dominii [23]), pro honore ducatus [24]), oder betont, daß das beseitigt ist, que jus ducale actenus contingebant [25]), quo principes in dominiis suis fruuntur [26]).

Die Bedeutung der Gewalt machte sich in dem Rechte zu strafen geltend, welches aber nur gerichtlich ausgeübt werden konnte. Und doch kann man auf diesem Gebiete die Politik der schlesischen Fürsten als eine verschwenderische bezeichnen. Sie kennen ganz gut den Wert dieses Rechts, sie schätzen es sehr hoch, und doch lassen sie sich stets mehr und mehr die Strafgewalt rauben. Die Macht, die ihnen das wegzunehmen vermochte, mußte zu stark geworden sein, um sie überwinden zu können. Seit der Mitte des 13. Jahrhunderts sehen wir nur Ueberreste dieser vorher alles umfassenden Gewalt. In der ersten Hälfte des Jahrhunderts finden wir noch, daß, wenn auch der Fürst seine Befugnisse verschenkt, er die Worte beifügt: exceptis capitalibus causis, quae nostro cedent judicio [27]); sodann aber geht die Selbstbeschränkung in einzelnen Gebieten schneller, wir finden im Jahre 1250 nur excepto judicio sanguinis, quod nobis volumus specialiter reservare [28]). Nachher gibt der Fürst den größten Teil des Einkommens dem Klerus [29]). Die

---

[22]) Tzschoppe, 335 N. 44.

[23]) Breslau, 22, N. 12.

[24]) Tzschoppe, 348 N. 54.

[25]) Breslau, 251 N. 250; 272 N. 261. Sommersberg I, 781 N. 6.

[26]) Cod. dipl. Siles. II, 110 N. 6. Wenn die Strafgewalt in einigen Sachen bei ihm bleibt, finden wir den Ausdruck: Salvo iure duealí. Wp. I, 566 N. 606.

[27]) Korn, 9 N. 11 (1239).

[28]) Oels, 83 N. 50.

[29]) Tzschoppe, 340 N. 49. Breslau, 22 N. 12; Wp. I, 566 N. 606.

Selbstbeschränkung ging noch weiter, indem der Fürst die Leute der Kirche von den weltlichen Gerichten der Palatine, Kastellane, Zupane und Richter gänzlich frei machte und nur sich als dem Oberhaupte dieses Recht behielt. Demgemäß wurden jenen Behörden alle solutiones völlig weggenommen, sie wurden nur für den Teil des Monarchen aufrecht erhalten [30]). Wenn der Satz, daß jede Definition eine Beschränkung sei, zutreffend ist, so ist es auch richtig, daß diese Beschränkung die eigentlich einzige wirkliche Definition der Gewalt des Fürsten war. Es war aber nur eine räumliche Beschränkung, an innerer Intensität erlitt die Fürstengewalt keine Veränderungen.

Wenn auch die consuetudo eine Rolle bei dem Strafmaße spielte, wenn sie auch ein System gestaltet hat (Geldstrafen), konnte doch die arbiträre Macht des Herrn sie nach Willkür lenken. Wenn er etwas tut, dann ist es, weil es placuit nobis de nostra mera liberalitate [31]); er kann Sätze aufstellen, die sowohl für die Verletzung eine Strafe einführen sollen, wie auch bei Missetaten dem Verletzer eine volle Straflosigkeit verbürgen. Die Beweise, die wir dafür haben, wenn sie auch aus der Zeit eines Krieges zwischen dem Fürsten und dem Bischof stammen, zeigen die Möglichkeit solcher Anordnungen, die aber nur da existieren können, wo der Monarch eine arbiträre Macht im allgemeinen hat. Im Jahre 1283 ließ Heinrich IV. ein Edikt in Breslau publizieren, in dem er befahl: 1. Niemand von den Bürgern, Mann und Frau, soll in die Kathedralkirche, wie auch ins Kloster S. Marie oder zu den fratres Predicatores vel ad aliquam ecclesiarum parochialium gehen, sondern zu den fratres Minores — bei Todesstrafe und Fronung der Güter sub pena vite et omnium bonorum. 2. Niemand soll etwas den Kanonikern, Vikarien oder ihren Leuten, auch anderen Mönchen verkaufen, er soll sie weder

[30]) Cod. dipl. Siles. II, 2 N. 2. Tzschoppe, 348, N. 54.

[31]) Cod. dipl. Siles. I, 4 N. 4.

in sein Haus (hospicium) annehmen, noch sie ansprechen — bei Strafe (wenn er arm ist) der Verstümmelung (membro aliquo mutilari), bei Todesstrafe und Fronung (capite privabitur et omnia bona que habuerit ad fiscum ipsius principis devolventur), wenn er reich ist[32]). Dieselbe Strafe wurde den Bürgern der Stadt Neiße verkündigt, wozu der Fürst noch beifügte: niemand soll die fratres Minores beleidigen, sicut quilibet caput suum et res suas diligit conservare[33]). Diese Edikte sind in voller Form publiziert worden. Die Einwohner der umgebenden Dörfer wurden in die Stadt geladen, und auf dem Marktplatz (in medio foro) wurde der Befehl vorgelesen und ins Polnische übertragen (expositum in vulgari). Wenn auch die Edikte sehr strenge Maßregeln enthielten, so hatten sie den Charakter der Gesetze, die der Fürst ganz selbständig nach seinem Ermessen einführen konnte. Aber ganz in dieser formal gesetzlichen Form erläßt er auch ein anderes Edikt an sein Volk, in dem er ankündigt, daß derjenige, der die Kleriker und hauptsächlich die Kanoniker beleidigen, bezw. ihre Sachen beschädigen wird, vollständig straflos bleiben wird (ipse dux nullam de ipso sumeret justiciam vel vindictam). Dies hatte auch den Erfolg, daß die Kirchengüter geplündert wurden[34]).

Das oben Ausgeführte beweist, daß die Strafe auch durch Gesetze reguliert wurde; doch bestand der hauptsächliche Charakter des fürstlichen dominium auf dem Gebiete des Strafrechts in seiner willkürlichen Macht.

Wir finden noch andere Fälle der gesetzgeberischen Macht des Fürsten: Premislaus schenkt dem Kloster von Ratibor große Privilegien, indem er auch tale bannum statuit, die Unantastbarkeit des Klosters durch Strafenandrohung garantiert. Wenn jemand mit Gewalt ins Kloster eindringen würde u. s. w.,

---

[32]) Breslau, 140—141 N. 133.

[33]) Ib. 142.

[34]) Ib. 145—146 N. 137.

muß er dem Fürsten dreißig Mark und auch dem Kloster eine Geldbuße zahlen[35]). Der Begriff bannum wird hier als eine Sanktion des Gesetzes aufgefaßt.

Es gab noch eine andere Art von Gesetzen, in der die Strafe sanktioniert wurde. Hierher gehören die compositiones zwischen den Fürsten und den Fürsten und den Bischöfen. So haben wir eine Composicio inter Henricum et patrem Laurencium im Jahre 1290[36]), in der das territoriale Gebiet zwischen diesen beiden Herren verteilt wurde, und Laurencius als ein selbständiger Fürst anerkannt wird. Dasselbe sahen wir in der vorher erwähnten composicio über Militsch (1249). Anderseits sehen wir einen Vertrag zwischen Vladislaus Odonis filius und Heinrich im Jahre 1218[37]) über die Verfolgung der Verbrecher, auch einen ähnlichen Vertrag vom Jahre 1296 zwischen Vladislaus dux Polonie und Heinrich von Schlesien[38]).

Das Gesetz, das in den Edikten, in den Kompositionen und Immunitäten seinen Ausdruck findet, wurde also neben dem Gewohnheitsrecht die zweite Form der obrigkeitlichen Willensäußerung, durch die die Strafe geregelt wurde.

In den von Fürsten angeordneten Gesetzen sieht man ausdrücklich, daß er in erster Linie seine arbiträre Macht im Auge hat. Er will nicht nur die Ruhe im Lande einführen, er gedenkt auch seiner besonderen Pläne, und deshalb erläßt er diese Edikte. Sie beschränken seine Macht nicht, sie führen kein Maximum der Strafe ein, sie haben bloß den Charakter einer Drohung. Ist Jemandem sein Leben und Gut lieb, so soll er tun, was der Fürst will. Sein Wille ist der höchste Maßstab. Seine Befehle müssen verwirklicht werden, denjenigen, der ihnen nicht gehorcht, trifft eine Strafe. „Precipio tibi sub obtentu oculorum tuorum“ sagt der Fürst Boleslaus in einer Generalversammlung dem Paulus aus Slupowitz, der bei meh-

---

[35]) Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9.

[36]) Tzschoppe, 290 N. 13.

[37]) Wp. I, 87 N. 95.

[38]) Wp. II, 118 N. 745.

reren Fürsten der circuitor hereditatum war[39]). Man könnte sagen, es handelt sich hier nur um einen Befehl, um eine willkürlich gesetzte Strafe, wenn sie auch den Charakter einer Sanktion administrativer Regel trägt: in diesem Verfahren spiegelte sich das Allergewöhnlichste ab. Die fürstliche Gnade spielt eine so große Rolle, als wäre die Mißgunst des Fürsten die eigentliche Strafe und ihr ausschließlicher Grund. Und das ist sie in der Tat. Heinrich befiehlt seinen Beamten, die Freiheit der Klöster zu bewahren sub pena rerum nostreque gratie per obtentum[40]). Die reale Strafe — die Fronung und der Verlust der Gnade sind nicht zu unterscheiden, sie müssen als ein Begriff zusammengefaßt werden. Der Fürst hat die volle Macht, den Verbrecher frei zu lassen. Nur so kann man verstehen, wie der Fürst seine Untertanen begnadigen konnte[41]). Seine völlige Unabhängigkeit kommt recht klar in den Fällen ins Licht, wo er anstatt einer Strafe eine andere anwendet, so z. B. läßt er ohne weiteres einen Breslauer Bürger eine sehr große Summe Geld zahlen (in maxima quantitate pecunie ad solvendum), weil er wider den fürstlichen Befehl (contra bannum ipsius principis) einen Mönch ins Haus annahm[42]). Aber die volle Willkürlichkeit wird mit der Zeit unbedeutender, wenn auch der Grundcharakter nicht verschwindet. Die consuetudo wirkt auch auf den Fürsten ein, besonders wenn er nicht stark genug ist, um seinen Willen vollständig auszuüben, wenn der Beleidigte und seine Sippe zu den vornehmsten gehören. Und dennoch bemüht er sich, alles mögliche zu tun, um dem Verbrecher das Leben zu retten, er läßt ein außerordentliches Verfahren anordnen[43]), mit einem Worte, wenn seine Willkür sich nicht in der Recht-

---

[39]) Heinrichow 54. [Das fürstliche Strafrecht ist Verwaltungsstrafrecht, das dann in eigentliches Strafrecht übergeht. — Kohler.]

[40]) Ib. 176 N. 28.

[41]) Ib. 75—77.

[42]) Breslau, 145 N. 137.

[43]) Sommersberg, l. c. I, 46.

sprechung äußert, so muß man die Ursache in den tatsächlichen Verhältnissen suchen: rechtlich ist aber seine Macht viel größer. Natürlich hat die consuetudo mit den Veränderungen der faktischen Verhältnisse, immer mehr Kraft gewonnen, sie hat ein eigenes Strafensystem geschaffen, die Anwendung der Strafen bleibt aber völlig vom Fürsten abhängig. Seine Gewalt ist noch so groß, daß manchmal eine Sühnung ohne seine Bewilligung unmöglich ist, nulla placacio fiat sine ducis misericordi consensu[44]), und man kann vielleicht in diesem letzten Falle einen Fortschritt vorwärts sehen. Hier waren nicht nur die privaten Interessen, sondern auch die gesellschaftlichen ins Auge gefaßt, und da der Fürst der Träger des Gedankens der Gesamtinteressen war, so war auch seine Einwilligung notwendig. In allen diesen Fällen tritt der Fürst als der Vertreter dieser Eigenschaften des dominiums, die man judicium nennt, hervor, und da er nicht überall das Recht selbst ausüben konnte, so stehen dieselben Befugnisse seinen Vertretern zu. So z. B. läßt Hermannus von Barboy tunc capitaneus hujus terre, einen Verbrecher Daleborius in totum gracie reformare[45]). Wir finden selbst, daß ein palatinus im Namen des Herrn die Strafgerichtsbarkeit verschenken kann[46]). Alles was über den Fürsten gesagt wurde, gilt also auch für seine Stellvertreter.

Solch einen Charakter trägt das Strafrecht in Schlesien im 12. und 13. Jahrhundert. Was aber war die Strafe nach den Begriffen jener Zeit? Um diese Frage zu beantworten, muß man zuerst die Terminologie sorgfältig prüfen. Der häufigste Name für die Benennung der Strafe ist pena[47]),

---

[44]) Tzschoppe, 290 N. 13.

[45]) Heinrichow, 111.

[46]) Cod. dipl. Siles. II, 10 N. 10.

[47]) Pena, que a loci ipsius judice per sentenciam fuerit imposita delinquenti Tzschoppe, 281 N. 6; ib. 309 N. 26; Leubus, 21 N. 6; ib. 7 N. 2; 134 N. 55. Cod. dipl. Siles. I, 5 N. 5; ib. II, 32 N. 2; 113 N. 9; Breslau 80 N. 70; Boehme, Diplomatische Beiträge zur Untersuchung der Schlesischen Rechte u. Geschichte (1770) I, 1, 52 N. 4, Sript. r. Sil. II, 36.

es kommen aber auch andere Redewendungen vor. Per judices suos puniti fuissent pro excessibus suis [48]), si quis . . negligerit, dicior puniretur in vacca [49]), pena carcerali secundum exigenciam excessus atrocius castigetur [50]). Die pena trägt den Charakter einer Bestrafung; das aber genügt nicht, um die wirkliche Idee zu ergründen: neben den Modalitäten, wie penalis solucio [51]), die nachher in selbständige solucio [52]), in engerem und weiterem Sinne des Wortes, als Geldstrafe und Strafe überhaupt übergeht, finden wir in demselben Sinne die Bezeichnung: mulcta [53]). Als wirkliche Bestrafung wurde die Strafe Aequivalent und Gegenwirkung gegenüber den Verbrechen, den excessus, die auf diesem Wege verfolgt wurden. Neben der pena stellt der Urkundenaussteller oft die culpa: pro culpis, quam pro penis [54]), diese Zusammenstellung läßt uns vermuten, daß es nicht dieselbe Art von Strafen war, und da pena meist bei den größeren Verbrechen und im allgemeinen benutzt wurde, muß man annehmen, daß die culpa als eine Strafe für geringere Vergehen galt. Die eigentliche Bedeutung der culpa ist natürlich nicht die Strafe, sondern die Schuld (wina), deren Bezeichnung vermutlich auf die ihr folgenden Strafen übergegangen ist.

Diese allgemeinen Begriffe tragen auch andere Namen, die als Ueberbleibsel älterer Zeiten zu betrachten sind. Die Strafe heißt Rache: et qui contrarium fecerit, sciat se per nos aut nostros posteros pro temeritate recepturum graviter talionem [55]) persona per eorum judices condempnata ad vindictam faciendam [56]) Endlich heißt sie Gerechtigkeit, wobei sie

[48]) Script. r. Sil. II, 36.
[49]) Breslau, 80 N. 70.
[50]) Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9.
[51]) Ib. I, 4 N. 4.
[52]) Wp. I, s. 552 N. 592.
[53]) Script. r. Sil. II, 36.
[54]) Leubus, 7 N. 2; 21 N. 6.
[55]) Heinrichow, 94.
[56]) Tzschoppe 331 N. 42.

in engere Verknüpfung mit der Rache tritt: sumeret justitiam vel vindictam [57]), faciam justiciam quam oportet [58]). Wenn wir alle diese Namen zusammenstellen, so können wir sehen, daß die Strafe als Bestrafung, Schuld, Rache, Gerechtigkeit bezeichnet wird. Die drei letzten Namen, die viel seltener auftauchen, sind die aussterbenden, die älteren richtigen Namen; der erste, der am spätesten entstandene, ist der am meisten verbreitete, aber auch der am wenigsten bedeutende für den Aufbau der Strafideen. Schuld, Rache, Gerechtigkeit verbinden sich zusammen, und wenn jetzt jede von ihnen eine selbständige Stelle hat, so waren sie einst am engsten verwandt.

Vindicta wurde als terminus technicus für die Strafe benutzt, und nebenbei wird vindicta in dieser Zeit ausdrücklich als Rache bezeichnet. Ille vero ad vindictam concitatus terram devastare, villas incendere . . fortiter cepit [59]). Und tatsächlich war die Rache das Hauptmotiv der Strafe: demgemäß zerfällt der Begriff der Strafe in zwei Gruppen. Man findet noch Spuren der Privatrache neben der öffentlichen, und wenn auch diese Spuren schon sehr selten sind, so ist dies nur ein Beweis dafür, daß diese Art der Strafe schon auf dem Aussterbeetat steht, anderseits auch daß sie die ältere Form der Strafe war. Es gibt nur noch wenige Beispiele. Als Jesco dem Arnold von Owe ein Pferd gestohlen hat, tötet ihn der in seinen Rechten verletzte repente et miserabiliter in Strelitz [60]), und dies gilt in Augen der Zeitgenossen als eine gerechte Tat. Wenn auch der Verletzte oder seine Sippe nicht mehr selbst die Strafe ausüben, so sind sie es, die den Verbrecher verfolgen und die Strafe vom Fürsten fordern. Accedentibus igitur amicis occisi principem sunt conquesti . . justiciam conquerentibus de te . . [61]). Sie können aber auch dem Verbrecher

[57]) Breslau, 145 N. 137.

[58]) Sommersberg, I, 46.

[59]) Mon. Germ. Hist. Scr. XIX, 540.

[60]) Heinrichow, 73.

[61]) Sommersberg, I, 46.

seine böse Tat verzeihen und ihn nicht verfolgen, d. h. sie erlassen ihm ihre Rache. Z. B. misericordiam postulans, judicium non requirens, et . . prepositus . . remisit sibi eas . . liberaliter et benigne[62]). Der Verletzte kann seine Rache nicht nur nach seinem Gutdünken (wie in vorher erwähntem Beispiele), sondern, weil eine Sühne, placacio[63]), stattgefunden hat, erlassen. Selbst um sich von der gerichtlichen Verfolgung zu befreien, mußte der Verbrecher eine Genugtuung geben: nullus hominum a proscripcionis sentencia manumitti debeat aut absolvi, quin prius et ante omnia offenso et leso de suis dampnis ac injuriis fuerit satisfactum[64]). In dem letzten Satze sieht man schon andere neue Strömungen, die aber ihren Wurzeln nach noch in der alten Vergangenheit stecken. Hier führt die öffentliche Gewalt eine Buße, die aber nur eine Veränderung alter Privatrache ist, ein. Die Privatrache und Selbsthilfe sind selten geworden, sie leben nur in den von ihnen abstammenden Institutionen, sie sind in das Recht der Sippe, den Verbrecher vor dem Gericht zu verfolgen, anstatt an ihm selbst Rache zu nehmen, und in die öffentliche Rache, die durch den Fürsten ausgeübt sein soll, übergegangen. Aber auf diesem Gebiet ist die Idee der Rache in voller Kraft erhalten worden.

Der Verbrecher gilt als öffentlicher Feind, d. h. als Feind des Fürsten und des Landes — publicus hostis ducis et terre adversarius[65]). Der Fürst ist in Anfängen der eigentliche Vertreter der Gesamtheit und der einzige Träger der öffentlichen Rechte; jedes Verbrechen ist eine Verletzung des gemeinschaftlichen Gutes und ebenso der Rechte des Fürsten. Keine Sühne kann ohne seine Erlaubnis erfolgen[63]). Das Verbrechen empört den Fürsten und hat ducis . . indignationem

---

[62]) Cod. dipl. Siles. I, 17 N. 16.

[63]) Tzschoppe, 290 N. 13.

[64]) Tzschoppe, 442 N. 101; cf. Wp. II, 242 N. 893.

[65]) Script. r. Sil. II, 40.

zur Folge[66]). Die Strafe aber, die er auferlegen kann, geschieht pro bono pacis[63]). Der Frieden der Gesamtheit ist das Ziel, das er zu verteidigen hat. Jede Verletzung des Friedens bringt den Gotteszorn mit sich (man kann hier den älteren Begriff des Zornes der Götter sehen). Das Verbrechen kann nicht unbestraft bleiben und die Strafe folgt judicio dei; deus, cujus judiciorum abyssum rimari nemo potest, predictis duobus fratribus cum voluit silencium imposuit hoc modo[67]), d. h. Gott läßt sie den Händen des Richters übergeben. Gott ist der Verteidiger dieses Friedens, der christliche Gott ist es, der aber unzweifelhaft der Erbe des ehemaligen heidnischen Gottes ist. Eine Neuerung sieht man auf anderem Gebiete: es gibt eine justicia, welche ehemalige Befugnisse der Götter übernimmt, sie ist die Verteidigerin der Ruhe; alle Strafen geschehen exigente justicia[68]), judicii et juris racione[69]), was schon eine rein abstrakte Konstruktion ist. Der Fürst wirkt also als Vertreter dieser Idee, als Verteidiger des Friedens, als Organ der göttlichen Gerechtigkeit.

Und doch sind die alten heidnischen Keime in der Strafe sichtbar. Der Feind des Fürsten und des Landes, auf das schon einige Befugnisse der ehemals ausschließlichen Gewalt des Monarchen übergegangen sind, muß gerächt werden. Der Fürst übt die Strafe aus und jede Strafe (Rache genannt) ist in den Augen der Gesellschaft mit der Gerechtigkeit identisch, wenn auch schon die Kirche ein Todesurteil (mortis sentencia) als crudelitas zu bezeichnen pflegt[70]). Die öffentliche Strafe behielt bis zu den letzten Tagen des 13. Jahrhunderts diesen Rachecharakter, in dem die Ansichten des Volkes zum Ausdruck kommen. Der Fürst bestraft seinen Liebling Pakoslaus, nachdem er alles getan hat, um ihm das Leben zu retten, und

[66]) Script. r. Sil. II, 33.

[67]) Heinrichow, 77.

[68]) Heinrichow, 78.

[69]) Ib. 76.

[70]) Script. r. Sil. II, 40.

man fürchtet, sein Sohn werde sich dafür rächen, ne juvenis patris necem quamvis factam per justiciam vindicaret. Der Fürst sagt dann zum Leschko, er bekomme achtwöchentliche Frist, um zu bedenken, ob er von dem Tod seines Vaters völlig absehen oder das Fürstentum verlassen wolle (aut patris mortem transeas sic etiam quod nec aliquid rancoris in corde contineas aut recedas a nobis [71]). Wir finden hier merkwürdige Angaben. Wir sehen, daß die Rache der Söhne für den Mord des Vaters, die Selbstbestrafung, noch in den neunziger Jahren des 13. Jahrhunderts bestand. Es war selbstverständlich, daß der Sohn den Mörder seines Vaters töte; dies war eine Tatsache, die sowohl der Fürst wie seine Ratsherren (consiliarii) als anerkannt betrachteten. Selbst die Strafe (eines Adligen) gilt nur wie ein Mord; die gesetzmäßige Hinrichtung des Pakoslaus trägt den Namen einer nex, und der Fürst muß den rancor des Sohnes des Gemordeten fürchten. Wenn man den Ideengang weiter verfolgt, so gelangt man zur Ueberzeugung, daß die Strafe eigentlich als ungerecht gilt: sie war ein vom Fürsten ausgeübter Mord; und da er hier im Namen der beleidigten Sippe handelte, die die Todesstrafe im Rachegefühl für den Tod ihrer Verwandten forderte, so war der Fürst nur ein öffentlicher Vollzieher der Privatrache, ein öffentlicher Verteidiger der Ruhe im Lande. Die Erhaltung der Ruhe war seine Pflicht, und wenn er in diesem Falle keine öffentliche Rache ausübte, so war er doch ein öffentlicher Rächer. Noch klarer wird dieser Rachecharakter der Strafe bei Betrachtung folgender Ueberlieferungen: Der Fürst verpflichtet sich zur Verfolgung der Verbrecher, und die Form, in der sich diese Pflicht äußert, ist völlig identisch mit dem, was der Herr in seinen privaten Gelegenheiten gegen seine Feinde tut. Er sagt: ipsos (maleficos et nocivos terre — wieder dieselbe Idee vom Verbrecher) persequi volumus et vite ipsorum insidiari [72]). Insidiari nennt

[71]) Sommersberg, I, 46.

[72]) Wp. II, 118 Nr. 745.

man die rechtliche Verfolgung secundum exigenciam juris, als ob es sich um einen gewöhnlichen Kriegszustand handelte; man knüpft also die Idee einer faktischen Rache, die eigentlich schon im 13. Jahrhundert nicht mehr vorhanden war, an die der Strafe an. Auf solche Auffassung der Strafe deutet auch die Benennung der Strafe als offensa, die man seitens des Fürsten ertragen muß [73]).

Offensichtlich ist dieser Charakter in den Fällen der Gnade zu sehen. In jeder Gnade, in jedem Straferlaß muß die Rache berücksichtigt werden. Nur dann kann ein Verbrecher begnadigt werden, wenn der Rächer versöhnt wird, d. h. wenn er eine Sühne erhalten, oder seine Rache aufgegeben hat. Der Verbrecher ist in gratiam revocatus entweder sub pactione etwaiger Sühne [74]), oder infolge einer Bitte hochgestellter Personen [75]). Der eine und der andere Fall tragen denselben Charakter, sie müssen auf einen Ablaß von der Rache zurückgeführt werden.

Die Grundidee der Strafe ist die private oder öffentliche Rache, als Abschaffung eines Zustandes, der den Interessen der einzelnen Person (bezw. Sippe) oder der Gemeinschaft widerspricht. Das war auch der ursprüngliche Charakter der Strafe; mit der Zeit kamen aber noch andere Elemente hinzu. Die Rache kann nicht mehr ungeregelt bleiben, sie muß dem Verbrechen und der ökonomischen Lage des Verbrechers entsprechen — propter proscripcionem, qua meis exigentibus meritis innodatus fueram [76]) (s. auch unten S. 247 u. f.). Wir finden auch andere Merkmale, die unter ganz deutlicher Einwirkung der Kirche eingeführt wurden. Die Kirche will die weltliche Gewalt von der Rache abhalten, sie lehrt, daß die

---

[73]) Heinrichow, 58. [Also hier wie sonst der Widerspruch zwischen der dem Fürsten anheimfallenden Rachefunktion und der Funktion des Fürsten als eines Trägers der Friedensordnung und Versöhners der Gottheit. — Kohler.] [74]) Ib. 111.

[75]) Ib. 75—76 in recompensam gracie; auch Script. r. Sil. II, 33, 39—40, 40—41.

[76]) Heinrichow, 76. Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9, cf. oben s. 223 n. 50.

Strafe die Leute von neuen Verbrechen zurückhalten soll — ut alias excedentes sic pena castiget, quod excessibus ulterius non procedat [77]. Diese Neuerung hatte ihren Grund in den Ideen, die die Kirche in jener Zeit des erhöhten religiösen Gefühls und der Ascese predigte. Der Verbrecher wurde gerettet, ut . . ipsis peccatoribus propter intercedentis justiciam tempus concederet pro penitencia peragenda. Das Abhalten vom Verbrechen und das Ermöglichen der religiösen Bußen, waren die neuen Merkmale, die das Strafensystem erhalten hat.

Die nähere Entwicklung läßt sich ziemlich schwer darstellen, wir haben nur vereinzelte Angaben. Das Strafensystem war ziemlich festgestellt, wenn es auch unvollkommen geregelt war; um aber die Entwicklung zu verstehen, muß man sich mit den Ueberbleibseln beschäftigen. Das Verbrechen hat eine eigentümliche Rechtlosigkeit zur Folge. Der Verbrecher wird außer Recht nicht durch seine Tat, sondern auf Grund des Urteils gestellt. Er wird entweder zum Tode oder zum Exil verurteilt: diese beiden Strafen sind einander gleich. Der zum Tode Verurteilte, wenn er vor dem Gerichte entflieht, wird als Landesverwiesener behandelt, der Verwiesene, wenn er sich im Lande findet, kann enthauptet werden [78]. Den Friedlosen verfolgt aber die Staatsgewalt, sie kann ihn enthaupten lassen, den Privaten wurde dies nicht erlaubt [79]. Die Rechtlosigkeit hat auch Nebenstrafen zur Folge: die Fronung war die Begleiterin der proscriptio oder capitalis sentencia. Das Gut Heinrichow gehörte zu Nikolaus, der ohne Erben gestorben ist, und zum Dobrogost. Da dieser aus dem Lande ausgewiesen war, gilt das Gut als bonum vacans [80]. Selbst in den Gesetzen wurden diese beiden Strafen zusammengestellt: sub pena vite et omnium bonorum [81].

---

[77]) Leubus, 134 N. 55. [Die poena medicinalis. — Kohler.]

[78]) Heinrichow, 72. [Also die Friedlosigkeit als Volksstrafe. — Kohler.]

[79]) Wie z. B. im germanischen Recht. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 1902, 339 ff.

[80]) Heinrichow, 15.

[81]) Breslau, 140—142 N. 133.

Die Friedlosigkeit im polnisch-schlesischen Recht, wie wir sie im 12. und 13. Jahrhundert finden, ist überall eine sühnbare. Die Strafe konnte losgekauft werden, und mit der Zeit ist der Loskauf ein Gewohnheitsinstitut geworden. Diese Veränderungen wurden unter mannigfaltigen Einflüssen eingeführt. Die Kirche führte einen Krieg mit der Todesstrafe, da sie dieselbe völlig beseitigen wollte. Die Gründe dafür lagen, wie wir es vorher gesehen haben, in den religiösen Anschauungen: man muß dem Sünder die Zeit zum Büßen geben und die Todesstrafe widerspricht solcher Auffassung. Zu den wichtigsten guten Taten S. Hedwig gehört, daß sie die Verurteilten vom Tode intercessione sua sepius eruebat [82]), daß sie immerfort gegen die Todesstrafe kämpfte [83]). Unter diesem Einflusse wurde der Tod durch eine andere körperliche Strafe ersetzt [84]), oder gar dem Verbrecher seine Strafe erlassen.

Hier kommen auch die ökonomischen Interessen in Betracht. Statt Todesstrafe einzuführen, die doch nichts anderes als Rache der beleidigten Sippe herbeiführen konnte, war es doch besser, einen Loskauf, eine Einziehung des Vermögens oder eines Teils desselben vorzuschlagen. So sehen wir auch die Entwicklung des Loskaufes vom Tode. Die Brüder Pribislaus, Boguhualus, Vogizlaus und Gostachus wurden vor dem Fürsten des Raubes angeklagt. Sie wurden verhaftet und im Zweikampf besiegt. Daher mußten sie dem polnischen Gewohnheitsrecht gemäß (more Polonico) entweder enthauptet werden (colla deponere) oder sich nach dem Willen des Fürsten loskaufen (se ipsos ad voluntatem ducis redimere). Da sie kein Geld hatten, ließ der Fürst ihre Güter verkaufen und davon den Hals loskaufen (ipsorum hereditatem vendere et colla sua redimere). Zuerst wurde das Gut den Blutsverwandten zum Ankauf dargeboten, da sie es aber nicht kaufen wollten, bekam der Käufer die ewigen

[82]) Script. r. Sil. II, 33.

[83]) Ib. 39—41.

[84]) Breslau, 145 N. 137.

Rechte auf dieses Gut[85]). Hier sehen wir ausdrücklich, daß der Loskauf schon ein rechtliches Institut war, und nur die Anwendung dieser oder jener Strafe, die Höhe des Loskaufes gänzlich vom Fürsten abhängt. Aus dieser Stelle folgt, daß der Loskauf jedesmal streng bestimmt sein mußte. So z. B. wurde Daleborius zur Bezahlung von zwei Mark Gold, um die Verbannung loszukaufen, genötigt[86]); im Jahr 1285 wurde ein Bürger von Breslau in maxima quantitate pecunie ad solvendum ipsi principi condempnatus[87]) u. s. w. Die Bezahlung hieß pactio, worin sich die Begriffe des Wergeldes, bezw. der Buße und des Fehdegeldes insgesamt vermischt finden. Mit der Zeit wurde die Kraft des mos immer größer; statt des ungenügend bestimmten, von dem Willen des Richters völlig abhängigen Loskaufes, treten immer mehr streng aufgestellte Geldstrafen hervor. Diese Geldstrafen, die man in der Literatur[88]) als ein selbständiges Landesstrafensystem neben dem System der fürstlichen Strafen betrachten wollte, gehören auch zu den fürstlichen Strafen. Ihre Größe und ihre jedesmalige Anwendung wurden von der Staatsgewalt nach ihrer Willkür bestimmt.

Neben dem Loskaufe entwickelt sich als Ersatz der Todesstrafe die Strafknechtschaft. Der zum Tode Verurteilte mußte sein Leben loskaufen. Wenn er dies nicht tat, wenn von dem Loskauf keine Rede sein könnte und das Leben ihm geschenkt wurde, so entzog man dem Verbrecher die Freiheit. Er wird des Fürsten Knecht, den der Herr nach seinem Willen verschenken konnte. Als Hedwig ihren Mann bat, er soll einem proscriptus das Leben schenken, sagt er: istum, ut alios, tibi dono[89]). Sie wurden, anstatt hingerichtet zu werden, ihr geschenkt, sie verfielen der Knechtschaft. Auf diesem Wege

[85]) Heinrichow, 24, 26.

[86]) Ib. 111.

[87]) Breslau, 145 Nr. 137.

[88]) Hube, l. c., ed. Dunini, 464.

[89]) Script. r. Sil. II, 41.

könnte man vielleicht der neuerdings von Bujak aufgestellten Hypothese, die in den Naroczniki (einer Art von unfreien Bauern) Strafknechte sehen will[90]), beipflichten. Bei dieser Strafknechtschaft muß man aber auch die ökonomischen Momente berücksichtigen, die die Kirche zur Entwicklung ihrer zivilisierenden Rolle anspornten. Die Kirche als großer Gutsherr litt Mangel an arbeitenden Händen. Sie erklärte sich als Verteidigerin der Verbrecher, und vermutlich wurde ihr gegenüber dieselbe Praxis ausgeübt, die die Vita schildert. Die Strafknechtschaft war ein Ersatz für die Todesstrafe; der Verbrecher wurde demjenigen zugesprochen, der für ihn um Gnade bat.

II.

Die Einteilung der Strafen. Personalstrafen: Leibesstrafen, Gefängnis, Verbannung, Todesstrafe. Realstrafen: Fronung, Vermögens- und Geldstrafen. Die Bedeutung der Geldstrafen. Gemischte Form der Strafen. Die Strafe und das Verbrechen. Die Strafe und der Verbrecher. Das opole.

Die Strafe zerfällt in mehrere Arten je nach den Kriterien, die hierbei angewendet werden. Am häufigsten kommt die Teilung der Strafen in große und kleine, majores und minores vor. Man liest: tam in causis majoribus, quam minoribus, siue sit judicium duodecim marcarum, sicut pro furto, sive majus per eorum judices ista terminentur ita, quod si ad mutilacionem membrorum vel ammissionem[91]); die majores, wenn es sich um Todesstrafe handelte, hießen auch capitales[92]). Schon aus diesen Stellen sehen wir, daß diese Einteilung sehr unklar war. Es sind Strafen vorhanden, die man beiden Arten zuzählen konnte; dazu kommt noch, daß es nie ausdrücklich hervorgehoben war, zu welcher Art die betreffende Strafe gehörte. Wir haben eine zuverlässigere Einteilung, sie

[90]) Ueber die Ansiedlung von Kleinpolen (Studya nad osadnictwem Małopolski) 1905, 99—110.

[91]) Tzschoppe 331—332 N. 42, 315 N. 29 u. a.

[92]) Boehme, 1, 3, 23.

gehört aber eigentlich dem deutschen Stadtrechte an; nichtdestoweniger kann man sie hier gebrauchen: die major pena ist vorgesehen de judiciis homicidii vel vulnerum vel sanguinis effusione ac de testimoniis, die pene minores in allen anderen Fällen [93]. Man sieht auch, daß eine Einteilung in Geldstrafen und alle anderen Strafen vorkommt: so findet man solutio vel pena einander gegenüber gestellt [94].

Das sind die einzigen in den Urkunden sich befindenden Einteilungen. Man kann aber auf Grund der Urkunden noch andere Einteilungen aufstellen. Die Strafen waren gewöhnliche und entehrende. Man kann zwar mit voller Richtigkeit sagen, daß alle Strafen entehrend waren, weil sie dem Verbrecher die Ehre entrissen; diese Teilung aber beruht auf dem Hauptzweck, den die Strafe verfolgt: im ersten Fall hat man nur die Strafe, die Rache im Auge, im zweiten nur die Entehrung, das vituperium. So z. B. läßt der Fürst den Leuten, die seinem Befehl ungehorsam waren, die Kleider abreißen (vestibus sunt nudati) und mit Unkraut bedecken (ut frumento in horreo dominico reposito idem dux quantum in ipso est zizania superponat [95]). Eine Zwischenstufe ist die infamia, die nicht nur die Entehrung zur Folge hatte, sondern auch andere körperliche Strafen [96]. Man könnte noch zwischen Strafen und strafrechtlicher Sanktion der Befehle unterscheiden [97], welche Einteilung aber verschwommen erscheint, und in den Ideen jener Zeit keinen besonderen Platz einnimmt.

Diese Einteilungen erlauben nicht, das ganze Strafengebiet zu übersehen. Wir müssen eine neue Teilung einführen, die man nicht in den Quellen findet, die aber den ganzen Stoff zu erfassen erlaubt. Wir erkennen personale und reale Strafen,

---

[93]) Tzschoppe, 412 N. 84.

[94]) Cod. dipl. Sil. II, 2 N. 2.

[95]) Breslau, 145, N. 137.

[96]) Wp. I, 87, N. 95.

[97]) Breslau, 140 N. 133; Heinrichow, 53—54.

als Hauptarten, und dabei noch einige gemischte Formen, die zwischen den beiden Hauptformen stehen.

Personalstrafen.

A. Die Leibesstrafen haben die allgemeine Benennung: tormenta und bestehen aus mehreren Folterarten (genera)[98]. Die Vergangenheit hat nur einzelne Benennungen behalten, ohne nähere Aufklärungen zu geben. So sehen wir Verstümmelungsstrafen, die man mutilacio membrorum[99], d. h. eigentliche Verstümmelung oder truncatio[100], die Abhauung der Glieder nannte. Man nannte sie auch Verlust der Glieder — ammissio[101] oder Wegnahme (potestas omnia membra auferendi)[102]. Diese Strafe bestand, wie wir in dem letzten Zitat sahen, in der Abhauung oder Verstümmelung aller bezw. mancher Glieder (quorumlibet membrorum)[103], d. h. nur eines Fußes, einer Hand oder beider Hände (manibus, pede vel manu)[104] und ähnlichem. Wir finden auch den Verlust der Augen als Strafe — obtentus oculorum[105]. Zu den Leibesstrafen muß man auch die vorher erwähnte Strafe der Entkleidung des Verurteilten zählen.

B. Das Gefängnis hatte zweierlei Bedeutung; erstens war es eine Interimgefangenschaft, als erster Schritt zur Strafe oder als eine Präventionmaßregel, zweitens war es eine eigentliche Strafe. Die Brüder von Boboliz wurden wegen Raubes gefangen genommen und in den Kerker geworfen (jussit capere et incarcerari)[106], erst nachher wurden sie vor Gericht gebracht; oder die Vita S. Hedwigis erzählt, daß ein Verbrecher

[98]) Script. r. Sil. II, 33, 40.
[99]) Cod. Min. Pol. I, 21 N. 15.
[100]) Tzschoppe, 290 N. 13.
[101]) Ib. 331 N. 42.
[102]) Cod. dipl. Sil. II, 10 N. 10.
[103]) Wp. I, 461 N. 492. Breslau, 141 N. 133.
[104]) Sammter, Chronik von Liegnitz, I, 39 z. 3.
[105]) Heinrichow, 54.
[106]) Ib. 24.

gefangen und zum Tode verurteilt wurde; da es aber schon zu spät war, ließ ihn der Fürst ins Gefängnis bringen, um ihn nach Ablauf der Nacht zu enthaupten [107]). (Quam dux in carcerem trahi jussit propter noctis tenebras imminentes ita, ut dilacione remota mane diei sequentis morte debita plecteretur.) Das Gefängnis hatte aber in dem Strafensystem auch einen selbständigen Platz: man ließ die Leute in Kerker bringen (pro culpa vel disciplinam) [108]). Die Domherren von Breslau klagen, daß drei Presbyter vom Fürsten eingekerkert seien (in carcerem detrusi) [109]), als ob sie Räuber wären. Alle, die im Kriege gefangen wurden, blieben auch im Gefängnis und es entwickelte sich mit der Zeit eine Pflicht der Kmeten, den gefangenen Ritter zur nächsten Burg zu führen, was „den Clodnik zu führen" hieß [110]). Das Gefängnis spielte noch die Rolle einer fakultativen Strafe, wenn jemand z. B. kein Vermögen hatte, um einer Realstrafe zu genügen, oder wenn er als Schuldner seine Schuld nicht tilgen konnte; hier war das Gefängnis der einzige Ausweg, auf dem man die Ansprüche verfolgte. Wenn ein Verbrecher dem Kloster von Ratibor und dem Fürsten die Strafe nicht zahlen konnte, pena carcerali secundum exigenciam excessus atrocius castigetur [111]). Die Vita gibt manche Angaben über illos, qui pro debitis gravabantur aut detinebantur inclusi, ac oppressos ere alieno [112]).

Das Gefängnis war in der Burg (castrum) im Turme (turris) [113]). Man kann sich vorstellen, wie es mit der Gefängnisstrafe bestellt wurde, wenn man die vita Hedwigis liest [112]). „Wenn sie auch selbst die Gefangenen nicht be-

---

[107]) Script. r. Sil. II, 40.

[108]) Breslau, 6 N. 4.

[109]) Ib. 207 N. 204.

[110]) Tzschoppe, 347.

[111]) Cod. dipl. Sil. II, 113 N. 9.

[112]) Script. r. Sil. II, 33. [Schuldgefangene und Strafgefangene, wie sonst. — Kohler.]

[113]) Sommersberg, I, 50. Theiner, Mon. Polon. et Lith. 1860, I, 64 N. 127.

suchen konnte, so waren es ihre großmütigen Gaben, die ihnen zu teil wurden: da sie nicht selbst zu den Verbrechern gehen konnte, schickte sie durch ihre Gesandten Nahrung, Getränke und genügende Kleidung (tegumentum sufficiens), damit die Gefangenen nicht unter der Kälte litten. Um sie von Ungeziefer einigermaßen zu befreien (ne nimis gravarentur a vermibus), besorgte sie ihnen Umziehkleider und Leinenwäsche und gab ihnen Lichter (candelis), damit das Licht die Schrecken der Gefängnisfinsternisse verscheuche (horrores sibi minuerent et tenebras carcerales).“ Dazu kommt noch die unbehagliche Lage des Gefangenen, da er an Händen und Füßen gefesselt war (vinculis mancipatus manibus et pedibus)[113]. Und doch war es nicht sehr schwer, zu entfliehen, da man sich mit dieser Frage ausführlich beschäftigte. Man bestimmte eine niedrigere Strafe für den Wächter (custos), wenn nur einer oder zwei aus dem Gefängnis entflohen waren, und eine weit höhere, wenn eine größere Anzahl dies getan hatte (si plures de carcere evaserint). Neben der Aufsicht des castellanus, des eigentlichen Herrn der Burg, waren die Türme unter selbständiger Aufsicht eigener Wächter, die dem Kastellan und dem Fürsten für die ihnen unterstellten Verbrecher hafteten[114].

C. Das Exil, wie es schon vorher angedeutet wurde, hatte einen ähnlichen Charakter, wie die Todesstrafe; hier und da waren es dieselben Folgen, die mit dem Urteil verknüpft waren. Die weit verbreitete Benennung war: proscriptio, die Ausweisung[115], in der sich nicht nur der Begriff der faktischen Ausweisung, sondern auch der Begriff der Rechtlosigkeit oder einer abgeschwächten Friedlosigkeit verbarg. Der proscriptus hieß auch der „ausgejagte“ expulsus[116] oder Flüchtling profugus[117], was darauf hinweist, daß die Aus-

---

[114]) Oels, 82 N. 48, § 10.

[115]) Script. r. Sil. II, 40. Heinrichow, 71, 76. Tzschoppe, 442 N. 101.

[116]) Heinrichow, 15.

[117]) Ib. 111.

weisung eine weitgehende Beschränkung der Rechte des Verurteilten mit sich brachte. Der Verbrecher konnte freiwillig das Land verlassen; er wurde jedoch noch nicht als Ausgewiesener behandelt, dazu war das Gerichtsurteil notwendig. Die Brüder Burchard und Jesco waren zum Fürsten Bernard von Lewenburg herübergegangen, sie wurden aber erst dann proskribiert, als sie wiederum das Gut Muschowitz verbrannten und andere Räubereien und Diebstähle (spolia, latrocinia et furta) in dem Lande Heinrichs vollbrachten[118]). Der Ausgewiesene wurde, wenn man ihn im Lande ergriff, als zum Tode Verurteilter behandelt und die Vollstreckung der Todesstrafe fand in diesen Fällen tatsächlich statt[119]).

Die Verbannung wurde nicht nur als eine Strafe angesehen, sondern auch als ein präventives Mittel. Der gefährliche Mann wurde auf diesem Wege aus dem Lande weggejagt: er mußte natürlich ein sehr vornehmer Herr sein, zu bedeutender Familie gehören; man kann nicht annehmen, daß man in einer Zeit, wo die Vergiftung eines Fürsten eine gewöhnliche Sache war, mit einem armen Menschen sich so viel Mühe gemacht habe: solchen tötete man einfach, wenn man seiner habhaft wurde. Da z. B. der junge Sohn von Pakoslaus ein vornehmer Herr war, so wollte man ihn aus dem Lande verbannen; da er aber einen Eid leistete: nunquam loquar nec verbo nec facto habebo recordium patris mei, solummodo sitis mihi dominus graciosus et ego vobis serviam pura fide[120]), wurde die Gefahr vermieden und die präventive Maßregel unnötig.

D. Die Todesstrafe konnte nur diejenige Person vollstrecken, die die jurisdictio gladii oder potestas gladii hatte[121]). Das war im Anfang das ausschließliche Recht des Fürsten

[118]) Heinrichow, 72.
[119]) Ib. u. Script. r. Sil. II, 40—41.
[120]) Sommersberg, I, 46.
[121]) Tzschoppe, 290 N. 13.

und seiner Vertreter; mit der Zeit ist es auch an andere Personen, denen diese Rechte übertragen wurden, übergegangen. Die Todesstrafe im allgemeinen hieß sentencia capitalis[122]), pena vite[123]), judicium capitis et mortis absolute[124]), den Verurteilten nennen die Quellen: ad mortem damnatus[125]), morte plectendus[126]), die Ausübung der Strafe hieß vite oder capitis amissio oder privatio capitis[127]). Man findet mehrere Arten der Todesstrafe. In erster Linie ist die capitis truncatio[128]), oder detruncatio[129]), decapitatio (Stephanus propter spolia, que ibi commiserat, decapitatus fuit)[130]), capitis decisio[131]), endlich auch decollacio[132]) erwähnt. Wie diese Enthauptung erfolgte, erklären die Quellen nicht deutlich, man findet aber manche Angaben darüber, wie man den Verurteilten behandelte: man führte ihn im allgemeinen aus dem Gerichtssaal in den Hof, und in der Mitte des Burghofes wurde ihm öffentlich der Kopf abgehauen (in castri medio coram omnibus decollari)[120]). Wir finden aber auch, daß der Verletzte den Verbrecher selbst, nachdem dieser verurteilt wurde, tötet. Der Sohn des Ritters Wuyco hat dem Kloster Laeus St. Marie starken Schaden durch Brandstiftung beigebracht, weshalb er gerichtlich verurteilt (judiciali sentencia dampnabatur) und durch die Brüder enthauptet wurde (per eosdem fratres decollabatur)[133]). Also nicht nur der Henker (lictor)[129])

---

[122]) Heinrichow, 77.

[123]) Breslau, 140 N. 133.

[124]) Leubus, 93 N. 38.

[125]) Script. r. Sil. II, 33.

[126]) Ib. n. Script. 40.

[127]) Breslau, 141 N. 133.

[128]) Leubus, 161 N. 69.

[129]) Heinrichow, 78.

[130]) Ib. 84—85.

[131]) Cod. Min. Polon. I, 21 N. 15.

[132]) Cod. dipl. Siles. II, 110 N. 6. Oels, 82 N. 48 § 11, Wp. I, 461 N. 492. Heinrichow, 72.

[133]) Wp. II, 242, N. 893.

konnte den Verbrecher regelrecht in das Jenseits befördern; auch die guten Brüder haben sich manchmal damit befaßt.

Zweitens war es das suspendium, das eine wichtige Rolle spielte[132]. Liber fundationis erzählt, daß die Brüder von Boboliz entweder colla deponere oder einen Loskauf geben sollten. Das Kloster von Heinrichau hatte das nötige Geld gegeben und es heißt in der Urkunde: redemit fratres de B. de suspendio[134]. Der Verurteilte konnte entweder gleich zum Tode geführt werden, oder wenn es die Umstände forderten ließ man ihn vorher eine Zeit im Gefängnis verweilen. In der Vita S. Hedwigis sehen wir, daß die executores den Verbrecher auf einem Block (in patibulo) aufgehängt haben[126]. An einer anderen Stelle lesen wir, daß ein Dieb aufgehängt wurde. Ein Bote der Fürstin wurde geschickt, um ihm das Leben zu retten, et ipsum iam in ligno pendentem reperiens hieb er den Strick (funem) ab[135]. Die Verbrecher wurden also nicht an Bäumen aufgehängt, sondern an Blöcken — lignum oder patibulum.

Viel seltener findet man Andeutungen über die combustio, Verbrennung. Wir haben nur zwei darauf deutende Stellen gefunden. Man soll die Fälscher verbrennen[136], das war eine allgemeine Regel. Dazu fügen wir noch bei, daß der Fürst sein Edikt vom Jahre 1283 auch in solcher Weise geltend machte. Er ließ eine alte buckelige, ganz verkrüppelte Frau (gibosam et penitus deformem), die gegen seine Befehle handelte, verbrennen. Auch diese Strafe wurde öffentlich, doch außerhalb der Stadt vollzogen: publice coram populo extra muros[137]. Endlich finden wir ein spärliches Zeichen, daß man auch die Verbrecher räderte (sacrilegos rotare — ohne nähere Beschreibung).

---

[134]) Heinrichow, 26.

[135]) Script. r. Sil. II, 40.

[136]) Sammter, l. c.

[137]) Breslau, 195 N. 193.

Mit einem Worte — die Todesstrafe wurde öffentlich vollstreckt, sie sollte nicht nur den Verbrecher strafen, dem Gefühl der öffentlichen oder privaten Rache genügen, sondern auch andere ähnlich gesinnte Leute vom Verbrechen abschrecken. Dieses sozusagen pädagogische Motiv kommt auch in der letzterwähnten Strafe der Verbrennung zum Vorschein.

Realstrafen.

A. Was die Einziehung des Vermögens betrifft, so spielt sie fast nie eine selbständige Rolle, sie trägt immer einen Neben- und Umtauschcharakter. Die schon vorher erwähnten Fälle von Fronung bei Todes- oder Exilstrafen brauchen nicht näher besprochen zu werden. Wir möchten nur darauf aufmerksam machen, daß das Hauptmotiv der Todesstrafe, die eine Folge der Verletzung des Friedens war, in dem Verlust der Gnade des Herrschers lag. Das war die Grundlage, auf der mit der Zeit auch andere Verhältnisse sich entwickeln konnten. Der Verlust der Gnade kann auch bloß die Fronung ohne Todes- oder Exilstrafe zur Folge haben; wir sehen hier also eine Kette von Erscheinungen, in der die Mittelstufe fehlt. Der Fürst befiehlt den Kastellanen, Offizialien, Richtern und wlodariis, man solle nicht die Heinrichauer Bauern vor das fürstliche Gericht zitieren sub pena rerum nostreque gracie per obtentum [138]). Dieselben Folgen waren auch mit der Infamie(strafe) verbunden.

Die Abschwächung der Fronung, die im Laufe der Zeit aufkam, mußte der Einziehung von Gütern und erst nachher der Einführung von Geldstrafen den Platz räumen. Statt das ganze Vermögen zu Gunsten des Fiskus einzuziehen, begnügt sich jetzt die fürstliche Gewalt mit einzelnen durch das Gewohnheitsrecht bestimmten Einziehungsstrafen. Eine solche Strafe konnte sich aber auf die Dauer nicht bewähren.

---

[138]) Heinrichow, 176 N. 28.

Als sie (in den ersten Zeiten) noch nicht streng bestimmt war, und nur als ein Gnadenbeweis gelten sollte, indem sich der Fürst anstatt des Ganzen mit dem objektiv unbestimmten Teile begnügte, konnte sie noch bestehen. Als aber der mos die Strafe zu bestimmen versuchte, verlor sie ihren ursprünglichen Charakter und konnte sie nicht mehr den neuen Erfordernissen der genauen Bestimmtheit genügen. Sie verschwand immer mehr, und in den Quellen des 13. Jahrhunderts finden wir nur spärliche Spuren. Wenn jemand von den Leuten der Kirche an einem öffentlich im Lande verkündigten Kriege nicht teilnehmen wollte, dann wurde dem Reicheren (dicior) eine Kuh (vacca), dem Aermeren ein Schaf (in ove)[139]) entzogen. Man beabsichtigte eine Genauigkeit und klare Bestimmtheit zu schaffen, und doch gelang dies nicht: wenn man schon die Einteilung in dicior und pauperior beiseite läßt, so hatten doch Kühe und Schafe in einer Zeitperiode nicht immer denselben Preis. Man verstand auch damals sehr gut, daß solche Vermögensstrafen aus alten, schon vergessenen Zeiten stammten. Die Urkunde vom Jahre 1284 spricht: „Dies war eine der uralten Gewohnheit, welche aber aus dem Gedächtnis entfallen ist, entsprechende Strafe“ secundum consuetudinem, cujus non exstat memoria, antiquitus observatam. Am Ende des 13. Jahrhunderts finden wir nur Ueberlebsel der Institutionen, die die Uebergangszeit von der willkürlichen Regelung zur gewohnheitsmäßigen Festsetzung charakterisieren. Das 13. Jahrhundert kennt schon ein bestimmtes System von Geldstrafen.

B. Die Geldstrafen zerfallen in zwei von einander unabhängige Arten. Zu der ersten muß man die in einer streng zerlegten Reihe steigenden Strafenfolge, zu der zweiten die systemlosen Strafen zählen. Die schlesischen Quellen weisen folgende Geldstrafen auf: a) die Strafe von dreihundert, b) von sechs Marken, c) von zwölf Marken, d) von fünfzehn Marken, e) von dreißig Marken, f) von fünfzig Marken und g) von siebzig

---

[139]) Breslau, 80 N. 70.

Marken. Diese Strafen sind in der steigenden Stufenfolge aufgestellt, sie brauchen keiner näheren Erklärung, nur die Dreihundertstrafe bleibt in unseren Quellen unklar.

Die Quellen nennen die Strafen: dreihundert — pena trecentorum [140]), condemnatus in trecentis [141]). Die Sechsmarkstrafe hieß: pena sex marcarum, sex marce, die Zwölfmarkstrafe: judicium duodecim marcarum [142]), fünfzehn Mark: quindecim, die Dreißigmarkstrafe: triginta marce argenti [143]), die fünfzig Mark: quinquaginta, condemnacio quinquaginta marcarum [144]), endlich die Siebzigmarkstrafe war unter dem Namen von septuaginta, oder polnisch poena siedmszied [145]) bekannt. Dieses System zerfällt in kleinere und große Strafen. Man stellt die Art a und b der f in solcher Weise gegenüber: vel etiam quinquaginta, die Art c wurde den großen Strafen gegenübergestellt: sive sit judicium duodecim marcarum, sicut pro furto, sive majus . . . quod si ad mutilacionem membrorum vel ammissionem [142]), — man sieht, daß die Strafe: dreißig Mark für Verbrechen angedroht wurde. Die erste Gruppe umfaßt die drei ersten Arten, die zweite die Strafen d bis g. Die Fünfzehnmarkstrafe steht als die mittlere zwischen den beiden Gruppen. Der mos hat höhere bestimmte Strafen nicht angesetzt; dies bedeutet aber nicht, daß man sie nicht weiter steigern konnte. Die Urkunde vom Jahre 1258 [141]) zählt bis siebzig Mark, dann sagt sie: aut qualitercunque fuerit solutio estimata. Doch mußte diese höhere Steigerung selten sein, weil die Strafen schon genug hoch waren, wie man sich aus der nächstfolgenden Tafel (betreffs die Preise aus dem 13. Jahrhundert) überzeugen kann.

---

[140]) Tzschoppe, 309 N. 26.

[141]) Ib. 348 N. 54 non intromittemus sive sint de trecentis Cod. dipl. Siles. II, 2 N. 2.

[142]) Tzschoppe, 332 N. 42. [143]) Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9.

[144]) Oels, N. 48 § 10. Heyne, Dokum. Geschichte des Bistums und Hochstiftes Breslau (1860), I, 1039.

[145]) Sammter, l. c.

Gegenstand	Preis	Jahr	Quelle
Boden: 30 magni mansi	30 marce	1241	Heinrichow, 20
sors in Ochla	20 marce	1256	ib. 64
3 mansi parvi	28 marce arg.	1257	ib. 65
curia in Seorosovo	100 marce	1271	Breslau N. 36
2½ mansi	30 marce	1278	Heinrichow, 83
campus pro pascuis	50 marce	1281	Liegnitz N. 14[146])
4 mansi magni	100 marce	1288	Heinrichow, 80
2½ mansi	50 marce	1288	ib. 81
27 mansi	550 marce	1293	ib. 92
1 mansus	20 marce	1296	ib. 96
sors in Ceslawitz	50 marce	1297	ib. 118
5 mansi	110 marce	Ende d. 13. Jh.	ib. 85
2½ mansi	24 marce	1300	ib. 84
sors 9 parvi mansi	260 marce	nach 1300	ib. 111
4½ parvi mansi	130 marce	—	—
sors Rathewitz	212 marce	1305	ib. 101
idem	221 marce 1 ferto	1309	ib. 108
4½ parvi mansi	130 marce	1310	ib. 114
Pferd: 2 equi	3 marce	1253	ib. 62
2 currus cum 8 equis	2 marce	1253	ib.
equus	1 marca	1271	Breslau N. 36
Reitpferd: dextrarius	28 marce	1227, 1229	Heinrich., 42, 150
Ochs: 4 boves	1½ marce	1253	ib. 60
Kuh: 2 vacce	1 marca	1253	ib. 62
vacca	½ marca	1284	Breslau N. 70
Schwein: 5 porci	3 fertones	1253	Heinrichow, 62
Schaf: 5 oves	8 scoti (⅓ marca)	—	—
Roggen: 8 modici siliginis Vrat. mensure	2 marce arg.	—	—
Anzug: pallium	½ marca	—	—
2 tunice	1 marca	—	—

[146]) Schirrmacher, Urkundenbuch der Stadt Liegnitz, 1866.

Wir schließen die erste Angabe über den Preis des Bodens aus, da sie aus der Zeit nach der Tatareninvasion stammt, wo der Boden geringen Wert hatte, da man sich ihn nach Belieben aneignete. Hic notandum, quod illo in tempore, cum hec agerentur, id est post paganos, unusquisque militum rapuit, quod voluit et quantum voluit [147]). Der Durchschnittspreis einer Hufe, die den Durchschnittsbesitz bezeichnet, war in den Jahren 1256—1300 ca. 20,5 Mark. Noch in den fünfziger Jahren dieses Jahrhunderts war der Preis von einem Stück Vieh — ungefähr ½ Marke hoch, 1 modicus Roggen — ¼ Mark. Wenn wir noch dazu beifügen, daß das Inventar durchschnittlich (auf eine Bauernhaushaltung) aus

Vieh und Pferde	Schweine	Schafe	Ziegen
ca. 3	4,5	6,6	0,5 Stück

bestand, wie wir dies in den Dörfern Skoroszowo, Proszowo, Bandowice und polnische Prewakowice im Jahre 1271 sehen, oder daß der Durchschnittswert des Mobiliarvermögens (auf eine Haushaltung) ca. 4,7 Mark betrug (Proszowo, Bandkowice, Skoroszowo) [148]), so müssen wir zu dem Resultat kommen, daß diese Strafmaßregeln sehr streng waren und schon bei niedrigster Stufe den Ruin des Haushaltes verursachen könnten (wenn man auch annehmen möchte, daß drei Mark Strafe einer silbernen Mark gleichkommen [149]). Das gilt nicht für die vornehmen Herren, wie z. B. für eine Stiftung wie Heinrichau, die in einem Gute 313 Schafe hatte [150]), sondern für die armen Ritter, die man ironisch militelli nannte [151]), und die noch ärmer als die Bauern waren. So waren die systematisierten Strafen gestaltet. Neben ihnen sehen wir noch andere Geldstrafen, die man selbständige nennen kann (eine Art qualifizierter Strafe), die aber leicht möglich nichts anderes waren, als Anwendung

---

[147]) Spricht Liber fund. S. 58 vom Boden.

[148]) Breslau, 40—43 N. 36 cf. Bujak, l. c., 253.

[149]) Star. praw polsk. pomn. II, 24.

[150]) Heinrichow, 77.

[151]) Ib. 15, 16.

einer Stufe der vorher besprochenen Reihe. Wir haben keinen Beweis weder für, noch auch gegen solche Vermutung — sie ist aber sehr wahrscheinlich. In erster Linie muß man hier die Strafe für den Mord stellen. Der Mörder mußte ein Kopfgeld (caput) zahlen (caput non solvent eo more, quo Poloni solvere consueverunt, sagt[152]) eine Immunitätsurkunde), eine pena pro capite entrichten[153]), man pflegte es polnisch glova zu nennen[154]). Neben dem caput finden wir eine solutio capitis[155]), die einen selbständigen Platz behielt, wie wir aus der Zusammenstellung der beiden Strafen sehen: caput vel solutionem capitis; es war auch die Pflicht der vicinia, des opole, in dessen Grenzen man einen Toten fand[156]). Man kann hierin eine Unterscheidung zwischen Wergeld und Fehdegeld erblicken, wenn es auch Sitte war, daß beide Strafen dem Herrn des Gutes, wo die Bauern wohnten, zufielen[157]), sofern man annimmt, daß auf den Grundherrn die Obrigkeitsrechte des Fürsten übergegangen sind; solche Erklärung beruht aber nur auf einer Vermutung. Eine ganz andere Bewandtnis hat es mit der Strafe, die man ganz sicher Buße nennen kann. Wir finden den Rechtssatz: niemand kann von der proscripcio frei gemacht werden, der nicht den Verletzten entschädigt hat: nullus hominum a proscripcionis sentencia manu mitti debeat aut absolvi, quin prius et ante omnia ofenso et leso de suis dampnis ae injuriis fuerit satis factum[158]). Es ist ein allgemeiner, fast in abstrakter Form aufgestellter Satz, und wenn er sich nur auf die proscripcio beschränkt, hat er in Wirklichkeit einen weiteren Sinn und kann als ein Merkmal von höherer juristischer Gesinnung gelten. Dazu kommt noch das Sühnegeld,

---

[152]) Tzschoppe, 280 N. 5.
[153]) Cod. dipl. Siles. II, 116 N. 10.
[154]) Tzschoppe, 301 N. 18.
[155]) Wp. I, 552 N. 592. Oels, N. 48 § 8.
[156]) Tzschoppe, 331 N. 42.
[157]) Cod. dipl. Siles. II, 2 N. 2.
[158]) Tzschoppe, 442 N. 101.

das aber dem Fürsten zufiel: unter seiner Obrigkeit konnte die Sühne stattfinden, ihm sollte dafür ein Ersatz geopfert werden; und wenn wir am Ende des Jahrhunderts den Satz nulla placacio fiat sine ducis misericordi consensu, nam generaliter in aliis causis et placacio et ex placacione proveniens solucio episcopi est [159]) finden, so ist es eine Folge des Kampfes, der die Rechte des Fürsten auf diesem Gebiet zu Gunsten der Kirche beseitigt hat.

Wenn es auch dem Verbrechen seinen Ursprung verdankte, war das Sühnegeld doch nur eine Art von Gerichtsgebühr, zu der man auch das Treschne zurechnen muß. Wir wissen nicht, was es eigentlich bedeuten sollte, es war eine Strafe, quod judici spectat, indem das adjutorium das Eigentum des Gutsherrn sein sollte [160]).

Man findet auch sonst manche Zeichen, die darauf hindeuten, daß Geldstrafen zu Gunsten des Verletzten entrichtet wurden. Die Höhe und nähere Bestimmungen bleiben unbekannt, wir finden aber, daß der Verletzer dem Beleidigten immer eine Buße bezahlen mußte, eine pena pecuniaria. Wenceslaus von Rathschitz calumniabatur den Abt von Heinrichau, daß er drei Mark nicht ausgezahlt hat. Wenceslaus ist gestorben, seine Frau wurde in seinem Namen coram judice gestellt und da der Vorwurf unbestätigt blieb, wurde sie zu einer Geldbuße verurteilt [161]). Auch in den Gütern der Fürstin Hedwig haben ihre Richter den Bauern pro excessibus Geldstrafen auferlegt, die in einem Falle bis zur Höhe von dreißig Mark stiegen [162]).

Einen besonderen Platz nehmen die Strafen ein, die schon auf vorgeschrittene Institutionen hindeuten. Der Staat forderte regelmäßige Personalleistungen, wie z. B. den Wehrdienst der

---

[159]) Ib. 290 N. 13.

[160]) Oels, 37 N. 18. Heyne, I, 1039 cum toto pomoczne.

[161]) Heinrichow, 110.

[162]) Vita S. Hedw. Script. r. Sil. II, 36.

Adeligen mit dem Pferde. Wer dieser Pflicht nicht nachkam, der verfiel einer Strafe. Poltzko mußte dreißig Mark dafür bezahlen, daß er sein servicium trium dextrariorum versäumt hatte[163]. Wenn auch die Strafe nicht genau bestimmt war, so kann man wohl daraus folgern, daß die Versäumung des Dienstes mit einem Pferde eine Strafe von zehn Mark zur Folge hatte. Auch die Bauern mußten an der expedicio, wenn sie proklamiert wurde, teilnehmen, und falls sie diese Pflicht nicht erfüllten, wurde ihnen eine Strafe auferlegt[164].

Gemischte Formen.

Zur gemischten Form gehört die Strafe der Infamie. Sie konnte nur den Adel treffen, da ihr Hauptgrund in der Entehrung bestand. Sie ist also ein Institut einer vorgeschrittenen Kultur, einer Zeit, die sich die Idee der Ritterlichkeit völlig aneignete. Der Verlust der Ritterrechte der nobilitas hatte auch den Verlust der Güter zur Folge, die aber nicht an die Erben, sondern an die Krone übergehen sollten. Es war eine Neuerung, die nicht aus dem alten polnischen Rechte stammte; es war ein Institut, das dem ganzen europäischen Mittelalter bekannt war, das auf dem Gedanken der Verderbnis des Blutes sich stützte, und den feudalen Verhältnissen entnommen war[165].

Das Verhältnis der Strafe zum Verbrechen kann nur mit großer Schwierigkeit charakterisiert werden. Man muß allen Andeutungen besondere Aufmerksamkeit schenken.

Der Mord — wenn der Mörder bekannt war, oder wenn man einen Toten in einer vicinia fand — wurde im ersten Falle mit Todesstrafe bestraft[166], im zweiten Falle mit einer

[163]) Heinrichow, 89.

[164]) Breslau 31, N. 24.

[165]) Wp. I, 87 N. 95 nobilitate et hereditatibus eareat directo ad me divolvendis et non ad heredes.

[166]) Sommersberg, I, 46 u. a.

Geldstrafe[167]), die zu den höheren Strafen des Geldstrafensystems gehörte[168]). Die Schwestern vom Kloster in Ratibor bekamen noch das Recht, das Vermögen des Mörders, der der pena communis unterlag, für sich einzuziehen[169]). Dann kommen die verschiedenen Arten des Raubes. Das latrocinium wurde im allgemeinen mit der Todesstrafe, durch Abhauen des Hauptes, bestraft, judiciali sentencia decollatus[170]); die Verbrecher konnten ihr Haupt loskaufen, se ipsos redimere; dies bewilligte ihnen das Gewohnheitsrecht, indem es dem Fürsten die Befugnis, den Loskauf festzustellen, verlieh[171]). Wie hoch der Loskauf sein mußte, kann man aus der Stelle: latrones et spoliatores . . . judicare, decollare et penam siedmszied nuncupatam recipere[172]) ersehen. Diese Stelle muß, wie mir scheint, in dieser Weise ausgelegt werden: die latrones, wie auch die spoliatores, sollten entweder enthauptet werden, oder die Strafe „Siebzig" zahlen. Wir finden auch andere Strafe für diese Art des Raubes: das Gefängnis. Die Kirche klagt, daß man ihre Leute tanquam latrones behandelt und sie in den Turm einsperre[173]). Das spolium oder spolium publicum bestand darin, daß der Räuber in der Nacht herumlief (per nocturnos discursus res alienas crebrius venabatur)[174]) und seine Beute suchte, oder daß er auf den öffentlichen Straßen die Kaufleute beraubte (mercator extraneus de partibus alienis veniens spoliatur); ein solcher hieß zboy[175]) und war sozusagen ein Berufsräuber. Der spoliator wurde entweder aus dem Lande ausgewiesen oder enthauptet (decollatus, decapitatus)[176]). Auch für die

[167]) Tzschoppe, 285 N. 5. Oels N. 48.

[168]) Cod. dipl. Siles. II, 2 N. 2.

[169]) Ib. 113 N. 9.

[170]) Wp. II, 242 N. 893.

[171]) Heinrichow, 24.

[172]) Sammter, I, 39 z. 3.

[173]) Breslau, 207, N. 204.

[174]) Heinrichow, 83.

[175]) Tzschoppe, 348 N. 54.

[176]) Heinrichow, 84—85, 72, 77 u. a.

spoliatores galt derselbe Satz, den wir für die latrones aufgestellt haben, da der Raub nur eine Unterart desselben Verbrechens war. Endlich unterliegen auch die predones derselben Strafe [177]). Desgleichen wurde die Brandstiftung mit der decollacio bestraft [170]). Die Verwundung (vulnera), wie auch andere Körperverletzungen — truncacio membrorum — gehörten zu den hoch bestraften Missetaten [178]); wir finden, daß sie den Verletzten zur Forderung einer Buße berechtigten [179]). Die Gewalttaten wurden sehr streng bestraft, natürlich wenn die Staatsgewalt den Verbrecher ergreifen konnte, und das war nicht immer der Fall, wie es aus einem folgenden Beispiel zu ersehen ist. In der Nähe von Szadelna saßen die Ritter von Petrovitz, welche exercuerunt in pauperes circum sedentes pro placito suo violenciam, sicut voluerunt. Et sciendum, quod dux antiquus cognomine barbatus (Heinrich I.) non poterat in illis silvis diebus suis propter eorum violenciam aliquam villam locare [180]). Die mächtigen Gewalttäter blieben unbestraft, aber die kleinen Leute, die Bauern, wurden ohne Erbarmen behandelt. Premislaus von Ratibor ordnete an, daß wenn jemand in das Gebiet des Klosters von Ratibor mit Gewalt eindringen werde, jemandem eine Gewalt (molestiam) antue oder irgend eine indecenciam zeige, oder auch Blut vergieße, er dem Fürsten dreißig Mark Silber zahlen und dem Kloster gegenüber eine Abbitte leisten müsse; wenn er das nicht tun könne, so werde er atrocius mit Gefängnis bestraft [181]). Wir haben gesehen, was für eine ökonomische Bedeutung die Dreißigmarkstrafe hatte, es ist also ersichtlich, wie streng diese Strafe war. Die Fälschung wurde mit der Verbrennung bestraft; wenn das opole falsche Angaben über die Grenzen

---

177) Cod. dipl. Siles. II, 110 N. 6.
178) Tzschoppe, 349 N. 54; 331—332 N. 42.
179) Wp. II, 196 N. 838.
180) Heinrichow, 55—56.
181) Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9.

gab, dann wurde es zur Geldstrafe verurteilt [178]. Der Meineid — sacrilegium — wurde mit der Todesstrafe belegt (ex sentencia judicis erat morte plectendus) [182], die durch Rädern verschärft war: man solle sacrilegos rotare [183]. Was den Diebstahl betrifft, so finden wir in den Strafen für furtum zwei nebeneinander stehende Systeme. Im Anfange des 14. Jahrhunderts dagegen treffen wir eine pena communis [181] als eine allgemeine Strafe für den Diebstahl erwähnt. Welche von den beiden diese spätere allgemeine Strafe bildete? Die eine war die Todesstrafe durch Aufhängen — fures suspendere [184], die andere war die Strafe von zwölf Mark, die zu den niedrigeren Geldstrafen gehörte, sive sit judicium duodecim marcarum, sicut pro furto [185]. Die eine ist älteren Ursprungs, die andere ist neu: letztere ist die allgemein eingebürgerte. Daß dem so war, können wir aus mehreren Angaben erkennen. Wir sahen, daß Arnold von Owe den Dieb seiner Pferde tötete. Diese letzten Zeichen der ehemaligen Sitte, die zur Verwirklichung des Rachegefühls den Dieb zu töten gestatten, erlauben uns, die neueren Verhältnisse zu verstehen. Wenn man noch im Jahre 1295 Ausführungen über das Aufhängen der Diebe findet, so ist es doch nur eine Bestimmung des fürstlichen Rechts. Die Ueberzeugung, daß die Todesstrafe für einen Dieb zu streng war, wenn das Objekt unbedeutend war, verbreitete sich im Lande, postulans ne pro re tam modica auferetur homini vita, sagt die Vita Hedwigis, und wir können mit voller Sicherheit behaupten, daß die Todesstrafe nur dann angewandt wurde, wenn der Dieb bei Ausübung der Tat (handhafte) ertappt wurde (captus in ipso furto); nur dann folgte gleich nach dem Verbrechen das Todesurteil: jussus est absque mora puniri suspendio [186]. In anderen Fällen, wenn

---

[182]) Script. r. Sil. II, 33.
[183]) Sammter, l. c.
[184]) Cod. dipl. Siles. II, 110 N. 6.
[185]) Tzschoppe, 331—332 N. 42.
[186]) Script. r. Sil. II, 39.

nur nicht die Größe des gestohlenen Gutes die Rache zu sehr reizte, begnügte man sich mit der Geldstrafe. Man kann sicher annehmen, daß, wenn auch die suspensio manchmal vollstreckt wurde, im allgemeinen nur die Geldstrafe üblich war.

In den ersten Zeiten galt auch der Schuldner, der seine Pflicht nicht erfüllen kann, als ein Feind des Gläubigers, als ein Rechtloser, gegen den er seine Rache ausübt [187]). Diese Leute wurden nicht nur durch den Gläubiger verfolgt, sondern auch der Staat mischte sich in diese Angelegenheiten ein. Der Schuldner wurde ins Gefängnis gesperrt, bis jemand ihn nicht loskauft oder die Schuld bezahlte [188]). — Auf der calumnia stand eine Geldstrafe, auf der Nichterfüllung der Kriegsdienstpflicht eine Geldstrafe (s. oben S. 247) oder Vermögensstrafe [189]). Die Nichterfüllung der Pflichten durch die Beamten wurde sehr streng bestraft. Der Befehl des Fürsten mußte unter Androhung der Strafe von Fronung und Entziehung der Gnade [190]), oder des Verlustes der Augen [191]) durchgeführt werden. Die compositio vom Jahre 1249 schrieb vor, daß wenn mehr als zwei Gefangene aus dem Turme entfliehen, der Wächter eine Strafe von fünfzig Mark bezahlen müsse. Es war üblich, daß die dem Friedlosen erwiesene Hilfe als ein Verbrechen behandelt wurde, und wenn jemand dies dreimal vollbrachte, so drohte ihm die Infamie [192]).

Das Verhältnis des Verbrechens zur Strafe ist daher so zu charakterisieren: es ist unmöglich, ein einheitliches System, ein Prinzip, auf das sich das Verhältnis gründet, zu finden. Das Verhältnis beruhte auf verschiedenen Gründen, und jede

---

[187]) Dąbkowski, l. c., 66.

[188]) Script. r. Sil. II, 33. Illos namque, qui pro debitis gravabantur aut detinebantur inclusi ac oppressos ere alieno, sua redimebat atque relevabat pecunia.

[189]) Breslau, 80 N. 70.

[190]) Heinrichow, 176 N. 28.

[191]) Ib. 54.

[192]) Wp. I, 87 N. 95.

Strafe hat den Charakter eines selbständigen Instituts, das sich an die sozial-ökonomischen Interessen anknüpfte, von ihnen abhängig war und durch sie jedesmal gestaltet wurde.

Das Verhältnis wird vielleicht klar werden, wenn man auch die Person des Verbrechers in Betracht zieht. Der Verbrecher als solcher, ganz unabhängig von seiner sozialen Stellung, wurde von dem Moment des vollbrachten Verbrechens als ein der Strafe unterliegendes Subjekt behandelt. Dabei ist es für die primitiven Zustände charakteristisch, daß man nur auf die äußeren Merkmale acht gibt. Auch ein Zufall befreit nicht von der Strafe. Wir sehen dies in dem Falle von Pakoslaus, der zum Tode verurteilt wurde, wenn auch sein Verbrechen weder vorsätzlich noch fahrlässig war — occidit ex casu[193]). Aber wir können nicht außer acht lassen, daß nicht das Verbrechen selbst in diesem Falle die eigentliche Ursache der strengen Strafe war, sondern vielmehr die Stellung des Verbrechers: er wollte nicht seine Tat verneinen oder sie rechtfertigen, sondern legte sein Geständnis frech ab. Dagegen finden wir am Ende des Jahrhunderts, daß man deutlich die Verbrechen in vorsätzliche und fahrlässige zu teilen pflegte; die fahrlässigen zerfallen in Verbrechen, die durch Ungefähr oder durch unglücklichen Zufall verursacht sind: et penas, quas . . voluntarie vel ignoranter sive casu inopinato qualicumque subierint et incurrent[194]). Die Strafen, die darauf lasteten, waren aber dieselben.

Die Verantwortlichkeit des Grundherrn für die Verbrechen seiner Bauern muß man als auf demselben Prinzip beruhend erklären. Das ganze Fürstentum war mit einem Streifen Wald umgeben, der preseca hieß, oder deutsch Hach. Das Holzhauen in diesem Walde war streng verboten, und doch befahl der villicus des Klosters von Heinrichau, Johannes, seinen Bauern „al durch den Hach silvas delere“. Das geschah

---

[193]) Sommersberg, I, 46.

[194]) Boehme, I, 1, 52 N. 4.

ohne Befehl des Abtes vom Manne auf eigene Faust (sua presumptione, non abbatis iussione). Infolgedessen wurde das Kloster streng bestraft [195]).

Nicht der Wille war das ausschlaggebende Merkmal für das Verbrechen und die Strafe, sondern die Tat als solche. Wenn der Wille des Verbrechers ohne Einfluß blieb, so kann man dasselbe nicht von der Persönlichkeit des Verbrechers im allgemeinen sagen. Wenn jemand mehrere Verbrechen vollbracht hat, wenn er excessus diversos auf seinem Gewissen hat, wenn er iterato spoliis ac latrociniis insistebat, dann sehen wir immer die Anwendung der strengsten Strafe, des Todes und der Verbannung. Man kann hier nicht eine strengere Strafe für Rückfällige sehen, wenn auch ein ähnlicher Gedanke darin steckt, sondern man hat hier mit Leuten von schlechtem Leumund zu tun. Sie haben ihren guten Namen verloren, sie müssen also ihr hartes Schicksal ertragen. Dasselbe tritt auch auf anderem Gebiete auf; eine Frau, die als bescholten und unsittlich galt, wurde zur Todesstrafe durch Verbrennung verurteilt. Diese Folgerung drängt sich auf, wenn man die Klage der Kirche liest, daß Fürst Heinrich eine Frau bone vite verbrennen ließ [196]).

Auch die soziale Lage des Verbrechers blieb nicht ohne Einfluß auf die Höhe der Strafe. Am Ende des Jahrhunderts findet man Angaben, welche deutlich beweisen, daß man vielleicht in den leitenden Kreisen zur Gleichheitsidee gelangte, doch dies war bloß Theorie. Es kann nicht als Ausfluß einer hohen kulturellen Gesittung betrachtet werden, sondern ihre Wurzeln stecken in den rein ökonomischen Zuständen. Der mächtige Gutsbesitzer, wie z. B. ein Kloster, wollte auf diesem Wege seine Rechte bewahren, indem er von der Staatsgewalt eine Bestätigung zu erlangen verstand, die sich gegen jeden, der seine Rechte antasten wird, omnino hominum cujus-

---

[195]) Heinrichow, 57—58.

[196]) Breslau, 195, N. 193.

cunque condicionis nobilitatis aut sexus[197]), wendete. Ein gerechter Maßstab wurde auch von dem Gewohnheitsrechte, das die Bauern in diciores und pauperiores teilte und für die ersten eine höhere, für die zweiten eine niedrigere Strafe (vacca-ovis) vorschrieb, eingeführt. Eine deutlich ausgesprochene Teilung in Arme und Reiche und eine höhere Strafe für die letzten findet man auch in dem fürstlichen Edikt von 1283[198]): in der Regel sind also alle gleich vor dem Gesetze, man soll eigentlich nur das Verbrechen strafen; dem entspricht diese Teilung nach den Vermögensverhältnissen, d. h. man will nicht die Armen zu sehr belasten. In der Wirklichkeit aber sieht die Sache ganz anders aus. Die ganze Strenge der Strafe, die allen primitiven Umständen eigentlich ist, wurde nur den niedrigen Leuten gegenüber geübt, und das ist auch in jeder jungen Gesellschaftsordnung selbstverständlich. Die gesetzlichen Vorschriften wurden regelmäßig nur dann angewandt, wenn der Verbrecher ein Bauer oder irgend ein armer Mann war[199]). Ein vornehmer oder ein reicher Mann konnte immer dank der Vermittlung der comites oder der hohen Kirchenwürdenträger die Gnade des Fürsten erreichen. Wir haben gesehen, daß der Fürst selbst oft seine verbrecherischen Lieblinge zu retten versuchte, und erst unter der drohenden Forderung der beleidigten Sippe ein Urteil aussprach. Aber auch hier beugte sich sein Wille vor der Macht des Adels.

Wir finden noch ein sonderbares Zeichen sozialer Vorgänge in dem Liber fundationis[200]). Jesco hatte vier Söhne hinterlassen. Einer von ihnen, Burchardus, der den Viehstall in Muschowitz verbrannt hatte, und sonst mehrerer Verbrechen schuldig war, wurde von einem Verletzten getötet. Das

---

[197]) Heinrichow, 94.

[198]) Breslau, 141 N. 133.

[199]) Script. r. Sil. II, 39, 40. Pauper quidam furatus fuerat suo vicino pernam porci, id est dimidium baehonem et captus in ipso furto jussus est puniri suspendio.

[200]) Heinrichow, 77.

Buch sagt weiter: Wenn einst seine Brüder etwas gegen das Kloster in Heinrichau tun werden (Muschowitz gehörte dem Kloster), so soll man ihnen diese Brandstiftung vorwerfen (obiciatur eis ista cremacio), weil es sehr wahrscheinlich sei, daß Burchardus seine Brandstiftung de fratrum suorum consilio et assensu verübte. Diese Vermutung kann nicht anders erklärt werden, als daß sie aus einer alten Zeit stammt, in der man alle zusammenlebenden Leute als „Gesamtverbrecher" ansah und gegen alle die Strafe richtete. Im 13. Jahrhundert findet das nicht mehr statt, doch bleibt das feindliche Verhältnis zu der Familie des Verbrechers bestehen: sie bleiben unbestraft, doch bleiben sie im Verdacht. In besonderen Angelegenheiten konnte der bloße Verdacht als Anklagegrund gelten, quod ubi super una re plurium eadem fuerit impeticio, ibi eorundem probatur idem consilium et assensus. Ein äußerer Vorgang sollte die Entdeckung der Schuld erleichtern. Das sind die einzigen Angaben, die wir über die Familienhaftung gefunden haben. In voller Kraft lebt dagegen die Haftung der territorialen Einheiten, des Opole. Die vicinia gehörte zu den uralten polnischen Institutionen, und ihre Haftung, wie auch andere in den Urkunden angedeutete Pflichten, stammen aus der alten Organisationszeit. Die Urkunden sprechen von ihr nur in Ausnahmefällen, wenn die neue Organisation Veränderungen einführte, sie bezeichnen nur die selten vorkommenden Pflichten; doch kann man mit voller Sicherheit behaupten, daß noch im 13. Jahrhundert die vicinia eine allgemeine Organisationsform der Bauern war. Das Opole einigte in seinem Rahmen alle Bauern ohne Unterschied: nicht nur die Bauern, die der fürstlichen Gewalt untertänig waren, sondern auch diejenigen, die auf den Gütern der Ritter und der Kirche wohnten: homines nostri seu militum vel aliorum solvent nobis, homines vero episcopi vel canonicorum solvent dominis suis[201]. Die Opole umfaßten nicht nur die Freien, sondern auch die

---

[201]) Tzschoppe, 349 N. 54. Cf. Buják, l. c., 159.

Grundhörigen, und beide Kategorien sitzen auf privaten Gütern. Non trahantur eciam vel provocentur dictorum villarum homines sive sint ascripticii sive liberi ad judicia nostra[202]). Das Opole wurde als eine universitas[201]), als eine juristische Person betrachtet und als solche wurde es zu manchen öffentlichen Leistungen in seinen streng bestimmten Bezirksgrenzen (in terminis eorum) verpflichtet[203]). Seine Pflicht bestand: 1. in dem Mitarbeiten bei Durchführen neuer Grenzen oder beim Anzeigen alter Grenzen zwischen den Dörfern, verum si aliquando ad aliquas metas vel terminos faciendos vel ad aliud quodlibet negocium vicinia fuerit evocata[204]), oder in terminis villarum, quarum termini debent ostendi[201]); 2. in der Aufrechterhaltung der Ruhe auf seinem Gebiete; die Gesamtheit mußte die Ruhe bewahren und jedes Verbrechen, von dem sie wußte, bekämpfen; sie mußte also auf jedes Geschrei auf der Straße, wenn man jemand berauben oder zu töten versuchte, zur Hilfe kommen: si non venerint ad clamorem, cum aliquis in via spoliatur aut percutitur[202]). Als eine weitere Folge betrachtete man die Haftung für jeden Toten, der sich in seinen Grenzen fand in capite interfecti vel occisi, quod fuerit inventum[203]), weil es ein sichtbarer Beweis war, daß man entweder dem Schreienden keine Hilfe leistete oder, wenn das Geschrei nicht gehört wurde, nicht gut die Ruhe zu bewahren verstand. Vielleicht bestanden noch andere Pflichten, was man in „aliud negotium“ vermuten darf, aber schon diese beweisen deutlich, daß die Hauptpflichten polizeiliche waren. Die Unterlassung dieser Pflichten mußte eine Strafe zur Folge haben, die naturgemäß nur eine Geldstrafe sein konnte. Wenn man also die Grenzen falsch angab, oder dem Schreienden nicht zu Hilfe kam, wenn ein Toter in dem Opole gefunden war und der Mörder unbekannt blieb,

---

[202]) Tzschoppe, 331 N. 42.

[203]) Oels, 58 N. 32.

[204]) Ib. N. 48 § 6.

so mußte die gesamte vicinia eine Buße zahlen — eine communis solucio capitis. Man kann vermuten, daß im letzten Falle die Gesamtheit den Verbrecher suchen und ausliefern mußte und sich in dieser Weise von der Strafe befreien konnte. Wie hoch diese Buße war, weiß man nicht. Das Geld wurde dem Guts- und Landesherrn bezahlt. Es mußte aber eine schwere Last sein, weil die Klöster sich schon früh bemühten, eigene Leute davon frei zu machen. Schon im Jahre 1221 bekommt die Breslauer Sandstiftung eine Befreiung für ihre Leute: in predictis . . villis caput non solvent eo more, quo Poloni solvere consueverunt[203]. Ganz gewiß wußten auch andere nach der Immunität strebende Kirchen dasselbe Privileg ins Leben zu rufen.

III.

Die Anwendung der Strafe. Die Verteilung der Realstrafen an die Behörden.

Eine recht schwere Frage ist die der Anwendung, um so schwieriger, als man hier nur mit Abschwächungen zu tun hat, die auf die letzte Zeit ein Licht werfen. Die Strafe, wenn man sie ihrem Wesen nach auffaßt, beruhte auf streng bestimmten Gründen: sie war eine Gegenleistung für das Verbrechen, eine Leistung, die auf justa causa, judicium, juris racio und tocius terre consuetudo beruhte[205]. Dazu muß man das willkürliche Urteil des Fürsten als Richters beifügen, in der Regel aber gilt es als gesetzmäßige Tätigkeit, die sich auf juris racio gründete. Der Vollstrecker der Strafe war der Fürst selbst. Seine Macht erstreckte sich auf seine Untertanen, und ihm lag die Wahrung der Ruhe ob. Dasselbe Motiv mußte ihn dazu bewegen, auch seinen Vettern, den Fürsten anderer polnischer Reichsteile, zu helfen. Solche Hilfe, solche Verfolgung des Verbrechers, der seine Tat weit außer dem Lande vollbracht hat, war nicht ohne weiteres selbstver-

---

[205]) Heinrichow, 76.

ständlich. Im Gegenteil, für einen Fürsten konnte es oft sehr nützlich sein, einen vornehmen Mann, der als Verbrecher bei seinem Nachbar galt, der für ihn ein Feind war, bei sich zu behalten. In dem Zeitalter der Zersplitterung finden wir dies auf Schritt und Tritt[206]). Doch wirkte hier das gesamte, sozusagen nationale Interesse, die Gemeinschaft der ökonomischen und sozialen Schicksale, die sich in allen polnischen Gebieten mit voller Kraft ausprägte, und das Bedürfnis der inneren Ruhe, das bei den verwandten Fürsten als ein allgemeines Bedürfnis im Bewußtsein auftauchte. Dabei darf man nicht vergessen, daß das Verbergen des Verbrechers eine zweischneidige Waffe sein konnte. Die benachbarten Fürsten konnten in jenen rohen Zeiten, wo an rücksichtslosen Gesellen kein Mangel war, einander schweren Schaden beibringen. Der zwischen Wladislaus Odonicz und Heinrich I. im Jahre 1218 abgeschlossene Friede, der nur ein vorübergehender Moment in dem beiderseitigen Kampf um die Vorherrschaft in Polen war, enthält einen für diese Idee charakteristischen Rechtssatz. Die beiden Fürsten verpflichten sich, die Diebe und Räuber (fures tam fraudulentes quam violentes) gewissenhaft zu verhaften und zu töten (cohibeam et exterminem). Der Adel soll bei Strafe der ewigen Infamie dem Verbrecher nicht helfen. Der Grund dieser Satzung ist der, ne aliquod detrimentum maxime terre predicti ducis H. faciant, was auch für das Land Wladislaus' gilt[207]). Das andere vorher erwähnte Motiv vereinigte in diesem Punkte die Fürsten Wladislaus von Polen und Heinrich von Schlesien und Glogau, was sich in einem Vertrag, der zwischen ihnen (Groß-)Polen teilte, äußerte. Man findet nämlich im Jahre 1296: Preterea fures, proscripticios et universos maleficos et nocivos terre ipsius non servabimus aliquo modo, sed ipsos persequi volumus et vite ipsorum insi-

---

[206]) Ib. 72. Transfugientes ad ducem Bernardum, qui tunc temporis regnabat in Lewen-bereh, patruelem probi ducis . . .

[207]) Wp. I, 87 N. 95.

diari secundum exigentiam juris [208]). Auf diese Art und Weise ist die Strafanwendung auch auf fremde Untertanen, die das Verbrechen außerhalb des Fürstentums vollbracht hatten, ausgedehnt worden; dies war aber die Rechtswirkung der zwischenfürstlichen Verträge, nicht der gewöhnliche und eigentliche Zustand.

Der Fürst oder der in seinem Namen wirkende Richter (s. oben S. 222), in den Immunitätsgebieten der mit der Richtergewalt ausgestattete Gutsherr, wandten die Strafe an; die eigentliche Vollstreckung gehörte speziellen Beamten. Es sind in der Regel öffentliche Beamte, die auch den privaten Richtern zu Dienste standen. Es war die curia regalis, das castrum und ihre officiales, die sich damit befaßten. Sie wirkten im Namen der Obrigkeit, an ihre Hilfe wendeten sich alle anderen interessierten Leute [209]). Namentlich der fürstliche Kämmerer, der sich mit diesen Angelegenheiten beschäftigte, wurde allmählich dazu bestimmt [210]). Der eigentliche Oberbefehl bei der Ausführung gehörte dem Kastellan, dem Herrn der Burg. Unter seiner Macht blieben alle anderen auf diesem Gebiete wirkenden Beamten (Wächter, Henker u. s. f.). Mit der Zeit hat sich neben dem fürstlichen auch das Amt des kirchlichen Kastellans gebildet, der dieselben Befugnisse wie der fürstliche hatte. Diese Ausgestaltung war die Folge einerseits der Entwicklung der kirchlichen Güter, die einer selbständigen Organisation bedurfte, andererseits der Delegation der Hoheitsrechte auf strafrechtlichem Gebiete [211]). Die Güterkomplexe wurden zu selbständigen Einheiten konsolidiert; mit der Zeit ist es möglich geworden, daß der Bischof dem Fürsten alle Rechte bestritt, wie es im Falle von Milicz im Jahre 1249 war. Nicht

---

[208]) Ib. II, 118 N. 745. [Anfänge der internationalen Rechtshilfe. — Kohler.]

[209]) Tzschoppe, 332 N. 42.

[210]) Breslau, 6 N. 4.

[211]) Oels, 80—82, N. 48. [Uebergang der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Bischöfe, wie in Deutschland. — Kohler.]

nur solche große Körperschaften bekamen das Recht der Ausübung der Strafen, — wissen wir doch, daß die Brüder von Lacus Ste. Marie den Sohn Wuyconis hingerichtet haben; — die Entwicklung vollzog sich in der Art: entweder übernahmen die Vögte von sich aus diese Tätigkeit: ut hoc exequendo advocato, cui voluerit, conferet [212]), oder man benutzte die Institutionen des Bischoftums — illa causa mediante camerario episcopi ageretur [213]). Der Hauptgrund dieses Uebergangs der Gerichtsbarkeit ist in dem ökonomischen Faktor zu suchen. Aus den Realstrafen bestand der Hauptteil des fürstlichen und nichtfürstlichen Einkommens, die Beteiligten mußten die ihnen anfallenden Abgaben sich selbst verschaffen.

Was die Verteilung der Realstrafen betrifft, so läßt sich kein klares und ausführliches System finden. Man kann zwei Entwicklungsstufen unterscheiden. Die eine, die schon der Vergangenheit gehört, die sich in den Urkunden des 13. Jahrhunderts verbirgt, zeigt Zustände, die man immer mehr zu beschränken oder auch gänzlich abzuschaffen sucht. Sie sind späterhin nicht mehr vorhanden, sie sind beseitigt durch die neuen entstehenden und in einer Reihe von Fällen schon existierenden Zustände. Die Realstrafe wurde in beiden Zeiträumen als eine Quelle von Einkommen betrachtet, und dieser Grundgedanke, als Reflex der wirklichen ökonomischen Interessen, ist die leitende Idee, die den neuartigen Erscheinungen zu Grunde liegt. Die Einkünfte wurden zunächst zu Gunsten des Fürsten eingezogen. Aber noch in früheren Zeiten sind sie in eine Belohnung des Richters oder der Behörden im allgemeinen übergegangen. Der Ideengang war vermutlich folgender — auf Grund der Ueberlieferungen dieser Zeit [214]) kann man mit voller Sicherheit behaupten, daß ein Grundgedanke bereits vorhanden war —: derjenige, der den Verbrecher richtet, ist zur Aneignung der durch das Urteil bestimmten Strafe berechtigt. Erst war es

---

212) Leubus, 161 N. 69.

213) Tzschoppe, 348 N. 54.

214) Z. B. Oels, 58 N. 32. Leubus, 7 N. 2 u. ä.

der Fürst, dann seine zufälligen Vertreter, Richter oder anderer Beamte, endlich die regelmäßig damit sich beschäftigenden Behörden. Es waren die Richter, Zuparien und Kastellanen. Supanis tamen castellanis et aliis omnibus benefici(ari)is nostris, eciam in hiis casibus nichil pro supis a dictis hominibus . . petituris vel recepturis . . et nos vel nostri judices de hiis non inttromittemus[201]), nullo judice nulloque officialij sive zuppario exigente percipienteque aliquam portionem[215]) — in solcher Art und Weise hat man im späteren Zeitalter die älteren Institutionen beseitigt. In den älteren Zeiten war es also eine Sitte, daß in den Fällen von solutio capitis oder solutio judicati die Behörden eine öffentliche Geld- oder Vermögenseinziehung vollstreckten, die den Namen von supa trug. Dies mußte ein allgemeiner Name sein, neben dem auch spezielle Geldstrafen für Richter bestehen. Wir haben schon von Treschne gesprochen (S. 246), das selbst da beibehalten wurde, wo man ganz neue Ausnahmen bestätigte[216]).

Auch auf anderen Gebieten finden wir, daß der Fürst durch seine Beamten in der Einziehung der Strafen nicht nur in der Pflicht, sondern auch in der Berechtigung, vertreten wurde. In dem Falle von Milicz hatte sich die Kirche bestätigen lassen, nec ad aliquam condemnacionem inter homines ecclesie se debet vexillifer ducis intromittere vel ex ea aliquid accipere[217]). Wenn wir dies mit den Angaben über die Strafen, die den Kriegspflichtversäumenden angedroht wurden, zusammenstellen, so müssen wir annehmen, daß dem Bannerherr die Militärgerichtsbarkeit gehörte, und daß er aus diesem Grunde ein Recht auf einen Teil der Strafen hatte. Auf Grund der engen Verknüpfung dieser Vorschrift mit den Ausführungen über Diebstahl muß man vermuten, daß er sich auch einige Befugnisse auf diesem Gebiete zuzuschreiben pflegte. Er war wohl zur Strafeinziehung berechtigt, sozusagen als Kriegsrichter.

---

[215]) Cod. dipl. Siles. II, 2 N. 2.

[216]) Oels, 37 N. 18.

[217]) Ib. 81 N. 48 § 7.

Das war der eine Beteiligte, dem das Strafgeld anheimfiel. Daneben bleibt das Recht des Verletzten bestehen.

Der Verletzte mußte eine völlige Genugtuung bekommen[218]. Es war eine allgemeine Regel, die ohne Rücksicht auf die soziale Lage des Klägers angewandt wurde. Erst die Institutionen, die die Unterdrückung des bäuerlichen Standes bezweckten, die ihn zu Hörigen und Leibeigenen machen wollten, haben eine Umwandlung gebracht. Die Regel wurde nicht gebrochen, sondern statt des Verletzten sollte der Grundherr zur Buße berechtigt werden. Aber auch diese Strömung wurde nicht mit günstigem Erfolge gekrönt; die alte, ehemals allgemeine Regelung findet sich noch im 13. Jahrhundert. Die Kirche bekommt reichhaltige Befugnisse und doch bleiben die Rechte des Klägers in manchen Fällen untastbar: salva porcione actoris sive aput nos sive aput dominum episcopum vel canonicos glogovienses lautet eine Privilegienurkunde vom Jahre 1261[219].

Die zweite Stufe der Entwicklung wird dadurch gekennzeichnet, daß neben den vorher geschilderten Zuständen, die durch die Immunitätsbewegung eingeschränkt waren, sich zahlreiche Gebiete von diesem System befreiten. Diese Befreiung erfolgte in erster Linie durch reichliche Stiftungen und vereinzelte Uebergaben der Strafgerichtsbarkeit, die mit der Uebergabe von Autonomie der Rechtsprechung verknüpft war. Aber wenn auch der Fürst sich von seinen Rechten lossagte, behielt er zunächst doch einen Teil der Abgaben. Dieser Teil wird mit der Zeit immer kleiner: in den ersten Zeiten waren es zwei Drittel des Ganzen[220], nachher wurde es nur ein Drittel, das der camera regalis zufiel[221]. Der Fürst behielt sich das Recht pro honore ducatus. Aber mit der Zeit wurde auch diese Beibehaltung beseitigt, und neben der vorher erwähnten finden wir

[218]) Tzschoppe, 442 N. 101. Cod. dipl. Siles. II, 113 N. 9.

[219]) Tzschoppe, 349 N. 54.

[220]) Oels, 58 N. 32. Wp. I, 461 N. 492. Tzschoppe, 311 N. 27.

[221]) Korn, 10 N. 13. Tzschoppe, 342 N. 50, 382 N. 63. Wp. I, 566 N. 606.

eine völlige Uebergabe des Sühnegeldes bei allen oder nur bei manchen Verbrechen [222]) zu Gunsten der Kirche [223]). Doch der längst geltende Satz, der dem Richter die Geldstrafe zufallen ließ, hat auch in diesen Zuständen seine Macht behalten. In den vielen Privilegien bestimmt der Fürst einen Teil, gewöhnlich ein Drittel für den Richter: si vero placatio facienda fuerit, de iam dicto judicio capitis una pars nobis cedet, altera abbati tertia sculteto de Gossinthi, der hier am Gerichte teilnehmen sollte [224]), judici episcopi .. partem terciam reservantes, omnem utilitatem sancto memorato concedimus [225]).

Die langen Kämpfe, die die Kirche mit der weltlichen Gewalt in Schlesien führte, führten auch auf dem Gebiete des Strafrechtes zu einer weiteren Beschränkung der letzten. Es wurden ganze Gebiete — districtus — noch in der Mitte des Jahrhunderts geschaffen, die fast ganz unter dem kirchlichen Einflusse bleiben sollten. Im Jahre 1249 wurde eine — mehrfach erwähnte — composicio über Milicz und sein Distrikt beschlossen [226]). Diese composicio kann in folgenden Sätzen wiedergegeben werden.

1. Alle Missetaten und Verbrechen in der Burg Milicz, deren Grenzen exakt beschrieben waren — bis zum Walde von der Breslauer Seite und bis zu dem Graben außerhalb der Brücke von der (groß)polnischen Seite — werden durch den kirchlichen Kastellan gerichtet und bestraft, die Strafen fließen ihm zu (§ 1), mit Ausnahme der Fälle, wo ein Bauer des Fürsten gefangen wird. In diesem Falle erfolgt die Teilung des Einkommens derart, daß zwei Drittel der fürstliche und ein Drittel der kirchliche Kastellan (§ 2) bekommt.

2. Alle homines ecclesie in der ganzen Kastellanei werden durch den kirchlichen Kastellan gerichtet und bestraft und die

[222]) Tzschoppe, 305 N. 23.

[223]) Ib. 309 N. 26.

[224]) Leubus, 93 N. 38.

[225]) Wp. I, 552 N. 592, 566 N. 606.

[226]) Oels, 80—82 N. 48.

Strafen fließen ihm zu, wenn aber eine der Prozeßseiten der fürstliche Bauer ist, dann bekommt der Kastellan, dessen Herr der Herr des Angeklagten ist (§ 3, 4, 5), zwei Drittel der Strafe.

3. Wenn das opole verantwortlich war, dann mußte die kirchliche vicinia dem kirchlichen, die weltliche dem fürstlichen Kastellan die Buße bezahlen (§ 6).

4. Wenn ein Diebstahl oder ein Mord durch die Leute der Kirche oder durch die fürstlichen und ritterlichen Bauern im Bezirke des districtus, mit Ausnahme des Falles 1, begangen war, dann wurde die Buße von den Kastellanen nach der Zugehörigkeit der Bauern eingezogen; im Falle des Mordes bei den Bauern verschiedener Zugehörigkeit hatte die Teilung derart zu erfolgen, daß jeder Kastellan für seinen Ermordeten zwei Drittel und der Kastellan der anderen Partei ein Drittel bekam (§§ 7 und 8).

5. Schlägerei und Mord, die am ersten Tage der Pfingsten in Milicz begangen wurde, begründete eine Strafe ausschließlich zu Gunsten der Kirche (§ 9), die Wächter hafteten nur der fürstlichen Gewalt (§ 10), endlich sollte das Strafgeld, das von kirchlichen Bauern kam, nur der Kirche gehören, unabhängig davon, wer der Richter war. So war im allgemeinen die Verteilung der Gerichtsgefälle, die in dem Gebiet von Milicz eingeführt wurde.

Ein neuer Kampf, der am Ende des Jahrhunderts stattfand, hatte auch einen ähnlichen Erfolg. Der im Jahre 1290 gegeschlossene Friede bestimmte die Verhältnisse in dem Neißegebiet[227]). Die Einkünfte sollen in zwei gleiche Teile geteilt werden mit Ausschließung der porcio des Vogtes, die bei einem ständigen das Drittel, bei einem nur interimistischen das Viertel betrug, d. h., im ersten Falle sollte der Fürst und der Bischof jeder ein Drittel, in dem zweiten — jeder drei Achtel bekommen. Das sollte in omni causa criminali, que in jus deducta

---

[227]) Tzschoppe, 290 N. 13.

fuerit vel alias manifestata, que vite amissionem vel membrorum truncationem inducit Platz greifen. Wenn der Vogt vor Gericht zitiert und als schuldig verurteilt wird, dann wird die Strafe kumuliert. In allen anderen Fällen richtet der Fürst, die Sühne aber fließt dem Bischof zu.

Nur so viel hat uns die Vergangenheit erhalten. Wir können also vom 13. Jahrhundert sagen: die Strafenvollstreckung wurde durch zwei Systeme beherrscht. Das alte, das fürstlich-staatliche und das neue (der Körperschaften und Privaten), welches seine Existenz dem ersten verdankt. Ganz abgesondert steht das uralte, schon in Vergessenheit geratende System der Rache und der Selbsthilfe, von dem die beiden in ihrer historischen Entwicklung abstammen. Immer unklarer werden die alten Eigenschaften der Strafe: die Staatsgewalt und die sozialen Interessen haben ihr neue Formen gegeben, doch der alte Gedanke lebte immer noch und machte von Zeit zu Zeit seine Ansprüche geltend.

VIII.

Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich.

Von

Dr. jur. et rer. pol. **S. Schultzenstein** aus Berlin*).

(Schluß).

C. Subjekt und Objekt.

I. Subjekt. a) In unserem Strafgesetzbuche wird das Abtreibungsverbrechen so aufgefaßt, daß die Handlung der Schwangeren mit der Richtung gegen ihre Leibesfrucht an die Spitze gestellt ist.

---

*) Die Ausführungen des ersten Teils meiner Abhandlung in Bd. XVII S. 360—421 dieser Zeitschrift sind in drei Punkten zu ergänzen:

1. Bezüglich der Begriffsbestimmung der Abtreibung im französischen Rechte (S. 400—403) sei bemerkt, daß das mexikanische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1871 ausdrücklich auf demselben Standpunkte steht wie der code pénal. Die Definition, welche dort der Art. 569 gibt, deckt sich vollkommen mit der, welche in Frankreich Wissenschaft und Praxis herausgearbeitet haben. Sie lautet: „Abtreibung heißt im Strafrecht die Entfernung des Produkts der Empfängnis und dessen durch irgend welches Mittel bewirktes Heraustreiben," wozu im Art. 577 hervorgehoben wird, daß dies auch „unter Bewahrung des Lebens der Mutter und des Kindes" geschehen kann (siehe Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XIV S. 95, 96 der Anlage).

2. Zu den Schriftstellern, welche die Abtreibung als Verstoß gegen die Sittlichkeit bestraft wissen wollen, ist inzwischen noch Schneickert, „Das Verbrechen der Abtreibung und die Reform des Strafrechts" (Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, Bd. XVIII S. 105—140), getreten. Er behauptet dort S. 121: „Der Staat kann es nicht zulassen, daß sein Volk der vollständigen Entsittlichung anheimfalle, und so muß

Anders im französischen Rechte. Hier wird zunächst ganz allgemein im ersten Absatze des art. 317 c. p. die Vornahme von Handlungen zu der erfolgten oder versuchten Abtreibung seitens irgend einer Person an einer Schwangeren als selbständiges Verbrechen bedroht: „Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle ait consenti ou non, sera puni de réclusion."

Diese Bestimmung ist näher zu erläutern.

1. Was heißt „procurer"[154])? Mittermaier behauptet[155]):

---

er neben anderen die öffentliche Moral schädigenden Verbrechen auch die Abtreibung und Tötung der Leibesfrucht mit Strafe bedrohen." Schneickert kommt deshalb S. 139 zu dem Ergebnis: „Die Abtreibung ist als ein die Sittlichkeit zu gefährdendes Delikt zu bestrafen." Irgendwelche neuen Gründe führt er für seine Behauptung nicht an. Meine Ausführungen S. 407—411 gelten daher auch ihm gegenüber.

3. Die Konstruktion der Abtreibung als eines Bevölkerungsdelikts findet außer den S. 412, S. 415 Anm. 137 und S. 416 Anm. 140 Angeführten eine weitere Stütze in Stricker, „Der Abortus in seiner Bedeutung für die Bevölkerungszunahme betrachtet" (Virchows Archiv für pathologische Anatomie und Physiologie, Bd. XXXIII S. 313—318), wo reiches Material dafür gebracht wird, daß die Abtreibung neben der Sterblichkeit der Kinder in den ersten Lebensjahren das größte Hemmnis einer naturgemäßen Bevölkerungszunahme ist; ferner in Lemoine, „De l'avortement criminel", wo es S. 60 heißt: „L'avortement est actuellement une des causes les plus sérieuses de la dépopulation"; ferner in Marbeau, „Mémoire sur les enfants abandonnés" (Séances et traveaux de l'académie des sciences morales et politiques, t. VIII p. 467 ff. und t. X p. 164 ff,), wo ebenfalls auf die Abtreibung als einen der Hauptgründe für die mangelnde Bevölkerungszunahme in Frankreich hingewiesen und die Zahl der künstlichen Aborte auf 30—40000 jährlich angesetzt wird, und endlich in Galliot, „Recherches sur l'avortement", p. 127—130, wo sowohl die Abtreibung wie die Kastration als „loi de restriction pour limiter l'accroissement de la population" bezeichnet und deshalb auf eine Bestrafung aus bevölkerungspolitischen Rücksichten hingewiesen wird.

[154]) Die große Bedeutung der Feststellung dieser streitigen Frage wird sich weiter unten bei Behandlung des Abtreibungsversuches ergeben.

[155]) Gerichtssaal, Bd. VII (1855) S. 4.

„bewirken, verursachen“. Mittermaier irrt. „Procurer“ hat hier seine gewöhnliche Bedeutung: „faire en sorte par son crédit, par ses bons offices etc., qu'une personne obtienne quelque grâce, quelque avantage“ [156]), „s'occuper de“, „avoir soin de“ [157]). Das ergibt sich einmal daraus, daß procurer auch sonst im code pénal diesen Sinn hat — so redet art. 60 c. p. von „procurer des armes, des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action“. Das ergibt sich aber weiter auch daraus, daß im Abs. 2 des art. 317 c. p. sich noch einmal das Wort „procurer“ in der Zusammensetzung „la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même“ findet. Würde hier „procurer“ gleich „verursachen“ sein, so hätte der Gesetzgeber sagen müssen: „la femme qui aura procuré l'avortement à elle-même“. „Se procurer“ heißt dagegen stets „sich besorgen“. So sagt man „elles se sont procuré des bijoux“ oder „je me procurerai tous mes besoins“ [158]).

„Procurer“ heißt demnach im art. 317 c. p. dasselbe wie unser deutsches „verhelfen zu, sich beschäftigen mit, sorgen für“ [159]).

2. Ein unmittelbares Handeln, ein unmittelbares Einwirken auf den Körper der Schwangeren, ist erforderlich. Bezüglich der angeführten „violences“ ist das ja selbstverständlich. Aber auch die sonstigen Mittel zu der Abtreibung müssen — das drückt das Wörtlein „par“ unzweideutig aus — wirklich unmittelbar gegeben worden sein [160]). Die Mittel zur Abtreibung müssen stets, wie unser § 218 Str.G.B. sagt,

---

[156]) Dictionnaire de l'Académie française, 7e éd., t. II p. 512.

[157]) Godefroy, Dictionnaire, t. VI p. 422; Larousse, Dictionnaire, 105e éd., p. 614.

[158]) Littré, Dictionnaire de la langue française, t. II, p. 1333.

[159]) Sachs-Villatte, Wörterbuch, Große Ausgabe, Französisch-Deutsch, 4. Aufl., S. 1239.

[160]) Dieses Geben von äußeren oder inneren Mitteln besagt im Abs. 3 des art. 317 c. p. das Wort „administrer“. Daß dieses Verbum im Abs. 1 nicht gebraucht wurde, ist leicht ersichtlich. Es hätte sich

„angewendet oder beigebracht" worden sein. Ein solches Einwirken auf den Körper der Schwangeren liegt daher nicht vor, wenn das betreffende Mittel der Schwangeren nur zugänglich gemacht wurde. Auch ein bloßes „Angeben" (indiquer) reicht als mittelbare Abtreibungshandlung hier — anders freilich im Abs. 3 — nicht aus, wie im übrigen schon aus dem sich im Abs. 1 findenden Zusatze „soit qu'elle ait consenti ou non" zu schließen ist, der bei einem „Angeben", d. h. Ermitteln von allgemein nicht zugänglichen moyens abortifs, gar keinen Sinn hätte.

3. Endlich muß, wenn Abs. 1 Anwendung finden soll, die Ausstoßung der Leibesfrucht durch die angewandte Tätigkeit verursacht worden sein. Denn einerseits heißt es „qui aura procuré l'avortement d'une femme enceinte" [161]. Und anderseits geht aus der mit gutem Grunde gewählten Perfektform hervor, daß die Abtreibungshandlung der Ausstoßung der Leibesfrucht zeitlich vorangehen muß.

Zur essentiellen Strafbarkeitsbedingung ist freilich die Ausstoßung der Leibesfrucht nicht erhoben. Dies hätte sonst — wie im Abs. 2 durch die Worte „si l'avortement s'en est suivi", oder wie im Abs. 3 durch die Worte „dans le cas où l'avortement aurait eu lieu" — ausdrücklich geschehen müssen. Daraus erhellt deutlich, daß die Ausstoßung der Leibesfrucht

---

nicht auf „violences" beziehen können, da „administrer" die Bedeutung von „donner" hat (Littré, t. I p. 54), und man selbst „populairement" höchstens „administrer des coups", nie aber „administrer des violences" sagen kann (Littré ebenda). „Gewalttätigkeiten anwenden" heißt nur „user de violences" oder „faire violence à q." (Sachs-Villatte a. a. O., Deutsch-Französisch, S. 696). Die Verwendung des Wortes „procurer" erklärt sich mithin aus Zweckmäßigkeitsgründen. Der Abs. 1 des art. 317 hätte sonst umständlich lauten müssen: Quiconque aura administré des aliments etc. ou usé de violences de nature à faire avorter.

[161]) Auch hieraus erklärt sich der Gebrauch des Wortes „procurer" anstatt „administrer". Hieße es „qui aura administré des aliments etc. à une femme enceinte", so würde allein schon das Anwenden oder Beibringen von Abtreibungsmitteln als vollendetes Verbrechen bestraft werden.

nur die Voraussetzung des vollendeten, nicht die des versuchten Verbrechens bildet.

Aus der Wortfassung „aura procuré" ergibt sich aber auch noch, daß von einer Strafbarkeit des Dritten dann keine Rede sein kann, wenn es ihm nicht gelungen ist, die betreffende Abtreibungshandlung vorzunehmen, wenn beispielsweise die Schwangere den übelriechenden Trank nicht über die Lippen bringen konnte.

Demnach wird — ähnlich wie bei uns im § 218 Abs. 3 Str.G.B. — gemäß Abs. 1 des art. 317 c. p. jeder bestraft, der an einer Schwangeren unmittelbare Handlungen zu der vollendeten oder versuchten Abtreibung vorgenommen hat[162]).

Die Strafe des Abs. 1 ist „réclusion", deren Dauer nach art. 21 c. p. „au moins de cinq années et de dix ans au plus" ist. Im Falle der gemäß art. 463 c. p. zugelassenen mildernden Umstände kann jedoch auf „emprisonnement" von einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

b) Der Abs. 2 des art. 317 enthält — unter Androhung der gleichen Strafe — in seinem ersten Satze einzig und allein eine Anwendung des Abs. 1 auf die Schwangere: „La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même." Eine keineswegs überflüssige Bestimmung, wenn man bedenkt, daß der von dem code pénal

[162]) So auch das ausführliche Urteil des Kassationshofes in München vom 23. September 1853 im Gerichtssaal Bd. VII S. 12. Daß der französische Kassationshof derselben Ansicht ist, geht daraus hervor, daß er in ständiger Praxis — auf diese wird später noch eingegangen werden — im Abs. 2 des Art. 317 die dortige Strafbarkeitsbedingung „si l'avortement s'en est suivi" auch zu dem Satze „la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même" bezieht, was widersinnig wäre, wenn nicht nach seiner Ansicht „se sera procuré l'avortement à elle-même" gleichbedeutend wäre mit „bei sich Abtreibungshandlungen selber vornehmen". Treffend wird der Ausdruck „procurer l'avortement" bei Chauveau-Hélie-Villey, Théorie du code pénal, t. IV p. 75 dahin erläutert: „C'est fournir les moyens qui l'ont exécuté."

von 1791, in dem die abtreibende Schwangere überhaupt nicht bestraft wurde, abweichende Standpunkt des jetzigen Strafgesetzbuchs besonders hervorgehoben werden mußte.

Bedeutend wichtiger ist die zweite Bestimmung des Abs. 2, nach dem die obige Strafe auch gegen diejenige Schwangere verhängt wird, „qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet“. Hiermit wird die Schwangere, welche sich an der Abtreibungshandlung eines Dritten an ihr mit Wissen und Willen beteiligt, als Mittäterin charakterisiert, mag sie nun beispielsweise das Glas, in welchem das Mittel bereitet ist, aus der Hand des Bereitenden genommen und selbst ausgetrunken haben, oder mag sie nur den Mund geöffnet und sich den Inhalt haben eingießen lassen [163]).

Beide Fälle des Abs. 2 sind abhängig von der Erfüllung der Bedingung: „si l'avortement s'en est suivi“.

3. Der dritte Absatz des art. 317 endlich erhöht, um mit den Worten unseres Strafgesetzbuches zu reden, die Strafbarkeit der Abtreibungshandlung nach den persönlichen Eigenschaften desjenigen, welcher dieselbe begangen hat. Es wird hier nämlich bestimmt: „Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.“

Hiernach wird bei den „gens de l'art“ auch das oben bereits erwähnte „Angeben“ von Abtreibungsmitteln bestraft,

---

[163]) So ein Urteil der Cour d'appel de Besançon vom 20. Februar 1888 (Sirey, Recueil général 89, II, 38), wo es heißt: „La femme qui consent à ce qu'une sage-femme pratique sur elle des manoeuvres abortives, commet, en effet, un crime à elle personnel et absolument distinct de celui qui est commis par la sage-femme.“ Das zwingt zu der wichtigen Folgerung, daß die Mitwirkung der Schwangeren nicht als Teilnahmehandlung nach Abs. 3 des art. 317 mit der erhöhten Strafe belegt werden kann. S. auch S. 278.

damit also eine reine Gehilfentätigkeit (vgl. art. 60 c. p.) zu einer Täterschaft gestempelt, die strafbarer ist als die Haupttat[164]), was uns wieder einmal zeigt, daß der Unterschied zwischen Tat und Beihilfe ein Intensitäts-, kein Qualitätsunterschied ist[165]). Dies und die erhöhte Strafe rechtfertigt sich aus den treffenden Gründen, die seinerzeit bei der Abfassung des Gesetzes im Staatsrate dafür geltend gemacht wurden[166]): „Ils sont en effet plus coupables que la femme même, lorsqu'ils font usage, pour détruire, d'un art, qu'ils ne doivent employer qu'à conserver. Si la femme ne trouvait pas tant de facilité à se procurer les moyens d'avortement, la crainte d'exposer sa propre vie en faisant usage de médicaments, qu'elle ne connait pas, l'obligerait souvent de différer son crime, et elle pourrait ensuite être arrêtée par ses remords."

Auch sei bemerkt, daß die höhere Bestrafung der „gens de l'art" wieder eine Ableitung unserer Konstruktion der Abtreibung als eines Bevölkerungsdeliktes in Frankreich ist. Eine strengere Ahndung der Abtreibung „gegen Entgelt" wie bei uns nach § 219 Str.G.B. würde mit ihr nicht übereinstimmen, da die Lohnabtreibung an sich noch nicht die Bevölkerung stärker gefährdet als die entgeltlose Abtreibung. Wohl ist dies aber, wie die soeben angegebenen Gründe des Staatsrates richtig hervorheben, bei einer Abtreibung unter Benutzung von Berufskenntnissen der Fall, obgleich auch die gens de l'art

---

[164]) Das Urteil des Kassationshofes vom 22. September 1881 (Sirey, 83, I, 329) erklärt mit Recht den „qui indique ou administre à la femme des moyens de se faire avorter" als „auteur", nicht als „complice". Bemerkt sei übrigens, daß, wie sich aus dem Worte „administrer" ergibt (vgl. Anm. 160), die Anwendung roher Gewalttätigkeit, z. B. Fußtritte, nicht nach Abs. 3, sondern nach Abs. 1 bestraft wird. Mit Recht. Besondere Berufskenntnisse werden hier ja nicht angewendet.

[165]) Vgl. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1 S. 99.

[166]) Morin, Dictionnaire du droit criminel, p. 107.

meist — aber nicht immer! — ihre Pflichten nicht aus Gefälligkeit, sondern gegen klingende Münze verletzen. Gelingt doch die Ausstoßung der Leibesfrucht in der Regel nur infolge Verwertung besonderer medizinischer Sachkunde[167]. Man höre nun die beiden größten Fachgelehrten auf diesem Gebiete. Einmal Tardieu[168]: „Il faut se résoudre à considérer presque exclusivement les crimes d'avortement comme l'œuvre des gens de l'art." Und dann Brouardel[169]: „L'avortement peut être considéré comme un crime médical." Eine erhöhte Bestrafung der „gens de l'art" ist daher ein notwendiger und nicht zu unterschätzender vorbeugender Faktor gegen die Begehung des Abtreibungsverbrechens seitens der Schwangeren.

Wer sind nun diese mit „traveaux forcés à temps" und bei mildernden Umständen mit „reclusion" oder „emprisonnement" von nicht unter zwei Jahren (art. 463 c. p.) bedrohten „gens de l'art"? Das Gesetz spricht zunächst von „médecins" und „chirurgiens", bezüglich deren sich ebensowenig Zweifel ergeben wie bezüglich der noch weiter im art. 317 aufgezählten „pharmaciens". Dann werden aber noch „autres officiers de santé" erwähnt. Und darüber, was unter diesem Ausdrucke zu verstehen ist, haben sich zwei wichtige Streitfragen gebildet. Es fragt sich nämlich, ob auch die Hebammen (sages-femmes) und die Drogisten (herboristes) derartige „officiers de santé" sind.

Die Anhänger der Ansicht, daß die Hebammen nicht zu den „gens de l'art" gehören[170], argumentieren folgendermaßen:

---

[167]) Hierzu die von Kautzner (Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, Bd. VI S. 155—160) mitgeteilten Fälle von professionsmäßiger Abtreibung, sowie Tardieu a. a. O. p. 13, wo berechnet wird, daß unter 604 wegen Abtreibung Verurteilten sich nicht weniger als 148 gens de l'art befanden. Vgl. auch die früheren Ausführungen Bd. XVII S. 393 dieser Zeitschrift.

[168]) A. a. O. p. 20.

[169]) L'avortement p. 48.

[170]) Chauveau-Hélie-Villey, a. a. O. t. IV p. 178; Legraverend, Législation criminelle t. II p. 125; Montier a. a. O. p. 54;

Die Aufzählung der gens de l'art im art. 317 Abs. 3 ist wörtlich dem § 3 des Gesetzes vom 19. ventôse an XI entnommen. Hier ist im titre V neben den officiers de santé von den sages-femmes die Rede. Daraus ist zu schließen, daß im art. 317 die sages-femmes nicht zu den officiers de santé zu rechnen sind. Ueberhaupt hat der Gesetzgeber es nie unterlassen, da, wo er die sages-femmes bestraft wissen will, sie besonders hervorzuheben. So im art. 378 c. p., wo es zunächst heißt: „Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens," und wo dann noch ausdrücklich die sages-femmes genannt werden. Das Strafrecht ist aber, so schließt man mit Emphase, jus strictum, das einer ausdehnenden Interpretion nun und nimmer unterliegen darf.

Diese an dem Wortlaute des art. 317 c. p. haftende Ansicht ist nicht die herrschende geworden. Fast ausschließlich werden in der Praxis wie Wissenschaft die Hebammen zu den „autres officiers de santé" gezählt, welche ein Urteil des Kassationshofes vom 9. Januar 1847[171]) dahin definiert, es seien das „tous les individus de l'un et de l'autre sexe qui ont un caractère légal pour se livrer à la guérison des maladies". Und ein Urteil des Kassationshofes vom 26. Januar 1839 begründet seine Ansicht von der erhöhten Strafbarkeit der Hebammen folgendermaßen: „puisqu'elles n'obtiennent leur diplôme, selon l'art. 32 de la loi du 10. mars 1803, qu'après avoir été examinées par les jurys sur la théorie et la pratique des accouchemens, sur les accidens qui peuvent les précéder, les accompagner et les suivre, et sur les moyens d'y remédier;" qu'elles se rendent en effet aussi coupables que les médecins, les chirurgiens, les officiers de santé et les pharmaciens, lorsque, comme eux, elles font usage, pour détruire,

---

Bailleux, Les délits contre l'enfance p. 81; Grande Encyclopédie, t. IV, p. 948; Cour d'appel d'Orléans vom 20. Dezember 1850 (Dalloz, Jurisprudence générale, 51, II, 8).

[171]) Dalloz, 47, I, 96.

d'un art qu'elles ne doivent pas employer qu'à conserver; qu'elles encourent donc dans le même cas la même peine" [172]).

Hiermit scheint uns das Richtige getroffen zu sein. Vor allem, wenn man bedenkt, daß sehr viele Hebammen — die modernen sagae des Altertums — das Abtreiben vollständig gewerbsmäßig ausüben und daraus ihren eigentlichen Unterhalt beziehen [173]). Nur eins zur Erhärtung dieser Behauptung: Im Jahre 1886 zählte man in Paris 60000 Entbindungen, von denen 27000 in den Établissements de l'Assistance publique stattfanden. Der Rest kam auf 1953 Aerzte, 148 officiers de santé und 1523 Hebammen [174]). Angesichts derartiger Zahlen bemerkt Brouardel [175]) sehr richtig: „Il est permis de se demander comment peuvent vivre ces sages-femmes, et c'est leur trop grand nombre qui permet de comprendre, pourquoi beaucoup d'entre elles, poussées par la malesuada fames, n'hésitent pas à se livrer, même pour une somme modique, à des pratiques coupables" [176]).

Selbstverständlich ist, daß, wenn eine Hebamme sich selbst ihre Leibesfrucht abtreibt, sie dann nur als Mutter und nicht mit der Straferhöhung als Hebamme zu verurteilen ist.

---

[172]) Ebenso Kass. vom 10. Dezember 1868 (Dalloz, 70, V, 36) und vom 23. November 1872 (Dalloz, 72, I, 430); ferner Cour d'assises de la Somme vom 22. April 1852 (Dalloz, 52, V, 52); Cour d'appel de Grénoble vom 7. Februar 1873 (Dalloz, 74, II, 69); Cour d'appel de Toulouse vom 13. Januar 1881 (Dalloz, 81, II, 84); Cour d'appel de Besançon vom 20. Februar 1888 (Sirey, 89, II, 38). Endlich sämtliche Lehrbücher und einschlägigen Schriften mit Ausnahme der in Anm. 169 aufgezählten.

[173]) Siehe Näheres bei Tardieu a. a. O. S. 20—22.

[174]) Nach der von Galliot a. a. O. p. 120, 121 mitgeteilten Statistik kamen im Jahre 1881 auf eine Bevölkerung von 36672048 Einwohner in Frankreich im ganzen 14846 Aerzte und 13403 Hebammen, also fast ebensoviel Personen zur Behandlung sämtlicher Kranken wie zur Behandlung der Wöchnerinnen!

[175]) A. a. O. p. 52.

[176]) Vgl. auch die früheren Ausführungen Bd. XVII S. 395, 396 dieser Zeitschrift.

„La sage-femme," sagt das schon oben angezogene Urteil der Cour d'appel de Besançon vom 20. Februar 1888, „qui s'est procuré à elle-même un avortement n'est pas passible de l'aggravation de peine".

Ganz ähnlich wie um die Hebammen steht es um die Drogisten. Auf der einen Seite sagt hier das Urteil der Cour d'assises de l'Aube vom 16. Februar 1883[177]): „Considérant que la loi du 19. vent. an XI ne comprend pas les herboristes dans l'énumération des personnes se livrant à l'art de guérir; considérant que d'après la loi du 21. germ. an XI, la profession d'herboriste consiste uniquement dans la vente des plantes ou parties de plantes médicinales indigènes, fraîches ou sèches; considérant, dès lors, que les dispositions du troisième paragraphe de l'art. 317 c. p. ne sont pas applicables à l'herboriste."

Auf der anderen Seite steht die herrschende Ansicht, die dabei an ein Urteil des Kassationshofes vom 10. Dezember 1868[178]) anknüpft, in dem es heißt, unter Abs. 3 des art. 317 fielen alle Personen „qui munies d'un titre légal se livrent à l'exercice de l'une des branches de l'art de guérir." Richtiger wäre wohl zu sagen[179]), daß die herboristerie, soweit es sich um den Verkauf von medizinischen Pflanzen handelt, nur ein Zweig der pharmacie ist, und zwar im Hinblick auf die Abtreibung einer der gefährlichsten. Eine Ansicht, die ihre Bestärkung in dem die Stellung der Drogisten regelnden art. 37 der loi du 21. germinal an XI findet, wo es heißt: „Nul ne pourra vendre, à l'avenir, des plantes ou des parties de plantes médicinales indigènes, fraîches ou sèches, ni exercer la profession d'herboriste sans avoir subi auparavant, dans une école de pharmacie ou par-devant un jury de médecine, un examen qui prouve qu'il connait exactement les plantes médicinales"[180]).

---

[177]) Sirey, 84, II, 47. [178]) Dalloz, 70, V, 36.

[179]) So die Note bei Sirey, 84, II, 47.

[180]) Fälle von Verurteilungen von Drogisten findet man bei Tardieu a. a. O. p. 20 und bei Brouardel a. a. O. p. 52.

Hinzugefügt sei noch, daß nach art. 25 des Gesetzes von 1892 sur l'exercice de médecine das Gericht „la suspension temporaire ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession aux médecins, officiers de santé, dentistes ou sages-femmes ayant été condamnés à une peine afflictive et infamante“ aussprechen kann [181]).

So weit die gens de l'art, deren erhöhte Bestrafung derartig zutreffend ist, daß eine große Reihe von Strafgesetzbüchern die gleiche Bestimmung aufweist. So das von Brasilien im art. 472, das von Louisiana im art. 472, das von Aegypten im art. 232, das der Niederlande im art. 298 und das von Portugal im art. 358 § 4. So ferner der belgische code pénal von 1867 im art. 353, das spanische Strafgesetzbuch von 1870 im art. 428 und das mexikanische Strafgesetzbuch von 1871 im art. 579. So endlich am besten der am 1. Januar 1890 in Kraft getretene nuovo codice penale Italiano, der im art. 384 die gewöhnliche Strafe für die Abtreibung „di un sesto“ erhöht, wenn der Abtreibende eine „persona che esercita una professione sanitaria od un' altra professione od arte soggetta a vigilanza per ragione di sanità publica“.

d) Abgesehen von den gens de l'art enthält der art. 317 c. p. keine sonstigen Straferhöhungen oder Strafmilderungen. Mit Recht ist ihm, der ja die Abtreibung nur als abstraktes Bevölkerungsdelikt und nicht als ein konkretes Delikt gegen die Schwangere oder den Embryo ahndet, der in unserem Strafgesetzbuche und auch anderweitig gemachte Unterschied zwischen dem Fall, wo die Abtreibung mit dem Einverständnis der Mutter geschah, und dem Fall, wo sie gegen deren Willen stattgefunden hat, fremd. Mit Recht wird weiter im art. 317 c. p. nicht, wie etwa im italienischen Strafgesetzbuche [art. 383], die Strafe für den abtreibenden Ehemann erhöht und auch

---

[181]) Brouardel, L'exercice de la médecine et le charlatanisme, p. 162.

nicht, wie beispielsweise im ungarischen Rechte [art. 285], bei der Bestrafung geschieden, ob die Frau in der Ehe oder außerehelich schwanger geworden ist. Endlich wird auch nicht im code pénal, wie im spanischen [art. 427], portugiesischen [art. 358] und italienischen Rechte [art. 385], die Strafe gemildert, wenn das Verbrechen begangen ist, um die eigene Ehre oder die der Gattin, der Mutter, der Deszendentin, der Adoptivtochter oder der Schwester zu retten. Für alle diese feinen und mannigfaltigen Abstufungen genügt das relative Strafmaß und die Zulassung von mildernden Umständen, die eine derartige ermüdende kasuistische Aufzählung vollkommen ersparen und einen einfachen Text gestatten.

e) Ueber die Lehre von der Teilnahme an der Abtreibung endlich ist hier natürlich nicht zu handeln. Es gelten die allgemeinen Grundsätze [art. 59, 60 c. p.]. Nur sei erwähnt, daß im französischen Rechte streng das System der Ueberspringung der Eigenschaften vom Täter auf die Teilnehmer gilt [182]). Die Beeigenschaftung des Täters ist für sämtliche Teilnehmer entscheidend. Und zwar ist dieses System, ebenso wie bei den Beamtendelikten [vgl. Dalloz, 61. I. 467; 63. I. 160], wie beim Vatermord [vgl. Dalloz, 53. V. 100] und wie beim Hausdiebstahl [vgl. Dalloz, 46. IV. 94], so auch bei der Abtreibung stets von der Praxis durchgeführt worden [183]). Es ist daher stets zu unterscheiden, ob sich die Teilnehmerschaft auf die gens de l'art bezieht oder nicht. Folgerichtig sagt ein Urteil der Cour d'appel de Toulouse vom 13. Januar 1881 [184]): „Dans une accusation d'avortement dirigée contre la sage-femme qui a procuré l'avortement et la personne qui l'a consenti sur elle-même, la chambre d'accusation doit distin-

[182]) Vgl. Kohler in Goltd. Arch. Bd. 51 S. 175.

[183]) So das Urteil des Kassationshofes vom 16. Juni 1855 (Dalloz, 55, V, 47) und das vom 23. November 1872 (Dalloz, 72, I, 430).

[184]) Dalloz, 81, II, 84. Ebenso ein Urteil der Cour d'appel de Besançon vom 20. Februar 1888 (Sirey, 89, II, 38).

guer, par des qualifications spéciales, à l'égard des complices, si les faits de complicité se rapportent aux actes imputés, à la première ou à ceux qui sont reprochés à la seconde."

II. Objekt. a) Bei der Behandlung des Strafbarkeitsgrundes der Abtreibung war bereits betont, daß man zwischen Schutzobjekt und Handlungsobjekt zu unterscheiden habe[185]. Als Schutzobjekt wurde dort die Gesellschaft bezeichnet und deren Begriff näher dargelegt[186].

Jetzt soll vom Handlungsobjekte gesprochen werden, d. h. dem Objekte, in welchem das anzugreifende Rechtsgut sich verkörpert und in welchem das Verbrechen als Handlung sich betätigt. Es ist dies das „produit de conception"[187].

b) Bezüglich dieses Handlungsobjektes ist in erster Linie zu bemerken, daß, wenn ein produit de conception überhaupt nicht existiert, sondern die Frau sich nur einbildet, schwanger zu sein, während sie in Wirklichkeit gar nicht schwanger ist [grossesse nerveuse, Wassersucht][188], nach französischem Rechte weder vom vollendetem noch vom versuchten Verbrechen der Abtreibung die Rede sein kann[189]. Ueber die Gründe dieser Ansicht verbreitet sich ein Urteil des Kassationshofes vom 6. Januar 1859[190]. Es heißt dort: „Que d'après l'esprit et les termes du 1er § de l'art. 317, la grossesse de la femme, sur laquelle le crime est commis, est une condition constitutive de ce crime; que si une pareille condition peut ne pas être expressément

---

185) Bd. XVII S. 416, 419.

186) Bd. XVII S. 413, 414.

187) Bd. XVII S. 400 ff.

188) Auch können bei sonst ganz gesunden Personen starke Gemütsbewegungen, ängstliches Warten auf den Eintritt der Menstruation, Orts- und Klimawechsel u. s. w. ein einmaliges oder mehrmaliges Ausbleiben der monatlichen Reinigung hervorrufen, vgl. Bumm, Grundriß der Geburtshilfe, 2. Aufl. (1903) S. 122.

189) Vgl. z. B. Garraud a. a. O. t. IV p. 715; Montier a. a. O. p. 46.

190) Dalloz, 59, I, 336.

énoncée lorsqu'il s'agit d'un crime consommé, parce qu'il n'y a pas d'avortement possible sans grossesse antérieure, il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une simple tentative de ce crime; qu'il peut se faire, en effet, que des pratiques coupables, semblables à celles que prévoit l'article 317, soient opérées sur une femme ayant l'apparence d'une femme enceinte, alors qu'en réalité il n'existe pas de grossesse, et que par suite il n'y a pas d'avortement possible; que là où se rencontre une impossibilité matérielle à la perpétration du crime, se rencontre une impossibilité de même nature pour l'existence en fait et la qualification en droit de la tentative; qu'il suit de là qu'en matière de tentative d'avortement, la qualification manque d'un élément essentiel, si le fait de la grossesse n'y est pas formellement énoncé."

Eine sehr verständige Auffassung, die sich wieder gut in die Konstruktion der Abtreibung als eines Bevölkerungsdeliktes einfügt. Würde die Abtreibung als Verbrechen gegen die Moral bestraft, so ließe sich die Straflosigkeit kaum rechtfertigen.

c) Daraus, daß die versuchte Abtreibung am nicht vorhandenen Objekte ungeahndet bleibt, folgt noch nicht, daß Dritte, die an der angeblich Schwangeren einen derartigen Versuch vornehmen, nun überhaupt straffrei ausgehen. Er wird vielmehr als selbständiges Delikt bestraft, sei es als administration volontaire de substances nuisibles à la santé [Abs. 4, 5, 6 des art. 317 c. p.], sei es als violence volontaire [art. 309 ff. c. p.], sei es als blessure involontaire [art. 320 c. p.].

d) Also ein produit de conception muß auf alle Fälle vorliegen, wenn der Strafrichter wegen Abtreibung einschreiten soll. Wie beschaffen aber dieses produit de conception ist, bleibt — schon oben war das eingehend dargelegt[191]) — völlig gleich. Handlungsobjekt ist jede Leibesfrucht, unab-

---

[191]) Bd. XVII S. 400 ff.

hängig von aller Beschaffenheit des Alters, der Lebensfähigkeit und selbst der regelmäßigen Gestalt. Daraus folgt

1. daß auch an einer abgestorbenen Frucht das vollendete Verbrechen der Abtreibung möglich ist, und

2. daß auch sogen. Molen, d. h. krankhafte Entartungen der Frucht [Blasenmole, Tubenmole, Blut- oder Fleischmole][192]), strafbar abgetrieben werden können, da hier allemal eine Schwangerschaft vorliegt, wenn auch keine grossesse normale, so doch immerhin eine grossesse môlaire[193]).

e) Der Vorteil dieser Regelung, nach der es auf die Gestaltung und Lebensfähigkeit der Leibesfrucht überhaupt nicht ankommt, wurde schon oben [Bd. XVII S. 402] hervorgehoben: das Verbrechen der Abtreibung ist nicht wie bei uns auf den einen so äußerst schwer nachweisbaren Fall beschränkt, wo die Frucht zur Zeit der abtreibenden Handlung gelebt hat. Auch ist noch folgendes in Betracht zu ziehen. Hat die Schwangere gewußt, daß es sich um eine tote oder krankhaft entartete Leibesfrucht handelt, und ist diese Leibesfrucht ohne irgend welche verbrecherische Absicht ärztlich abgetrieben worden, so tritt — darauf wird weiter unten noch eingegangen werden — überhaupt keine Strafe ein. Hat dagegen, was fast stets der Fall ist, die Schwangere dies nicht gewußt, so wird ihre Behauptung, die Frucht sei tot oder eine Mole gewesen, einzig und allein eine nachträgliche Ausrede sein, die meist infolge des regelmäßigen Nichtvorhandenseins der Frucht unwiderlegbar ist. Richtig bemerkt daher Lemoine[194]): „Très

---

[192]) Näheres siehe bei Bumm a. a. O. S. 375, 354, 401.

[193]) Brouardel, L'avortement, p. 227; Tardieu a. a. O. p. 96. Vgl. auch Anm. 194.

[194]) A. a. O. p. 8, 9. Vgl. auch v. Fabrice, Die Lehre von der Kindsabtreibung und vom Kindsmord (medizinisch), S. 106, wo zunächst ein Fall mitgeteilt wird, bei dem eine dreimonatliche Frucht abgetrieben, dies aber erst nach zwei Jahren erwiesen und auf die Einrede des Verteidigers, das Abgetriebene sei eine Mole gewesen, freigesprochen wurde, und wo es dann weiter wörtlich heißt: „Eine Mole ist gar nichts anderes

souvent, en effet, ce produit de conception manque, et la justice n'en suit pas moins son cours. Aujourd'hui cependant, en Allemagne, on ne condamne jamais en absence de l'œuf ou du fœtus: rien ne peut prouver, dit-on, qu'on n'ait pas eu affaire à un œuf dégénéré ou à un autre produit pathologique."

Will man daher der Abtreibung wirksam beikommen, so muß man schon zu diesem Mittel des französischen Rechtes greifen. Und dieses Mittel ist gar nicht so schlimm, wenn man einerseits bedenkt, daß Molen außerordentlich selten sind, daß die Schwangere in den ersten Monaten die Lebensfähigkeit und Belebtheit der Frucht kaum jemals ermitteln kann, und daß sie in den späteren Monaten, falls sie keine Lebenszeichen des Embryos verspürt, sich überhaupt nicht der Mühe und Gefahr des Abtreibens unterziehen wird, und wenn man anderseits die Möglichkeit von mildernden Umständen und die Relativität des Strafmaßes berücksichtigt. Allerdings muß dann mit Nachdruck gefordert werden, daß der Strafrahmen möglichst weit nach unten zu bemessen ist.

D. Wille und Willensbetätigung.

I. Wille. a) Die Tat muß vorsätzlich ausgeführt worden sein. Und zwar absichtlich[195]).

Wenn der Täter den Tatwillen faßte in Abneigung gegen die ihm bewußten Folgen oder unter Mitinkaufnahme dieser Folgen oder unter wissentlicher Bekämpfung der aus der Vorstellung dieser Folgen sich ergebenden Gegenmotive[196]), so ge-

---

als das Produkt eines fruchtbaren Beischlafs, ein wirkliches, befruchtetes Ei, in welchem der Embryo degeneriert ist, und absichtliche Abtreibung einer Mole unterscheidet sich daher gar nicht von einer anderen Fruchtabtreibung, ganz abgesehen davon, daß auch dem Verteidiger unmöglich der Beweis dafür gegeben werden konnte, daß das Abgetriebene auch wirklich eine Mole war. Die Diagnose in den ersten Monaten festzustellen, ist auch meist für den Arzt eine Unmöglichkeit."

[195]) Vgl. über den Begriff der Absicht als einer Unterart des Vorsatzes v. Liszt, Lehrbuch, 15. Aufl., S. 171.

[196]) Kohler, Studien, Bd. I S. 70.

nügt das nicht. Der Täter muß den betreffenden Erfolg zum Ziele seines Handelns gesetzt haben. Die Voraussicht des Erfolges muß Beweggrund seines Handelns gewesen sein. Die Bewirkung des Abganges der Leibesfrucht muß begehrt und erstrebt werden[197].

Treffend drückt Garraud[198] diese wissenschaftlich überall vertretene Auffassung dahin aus: „L'avortement appartient à cette catégorie de crimes, pour la constitution desquels la loi exige que la volonté de l'agent soit dirigée vers un but tout à fait spécial, de sorte que le fait commis dans une autre intention constitue une infraction différente ou même pas punissable." Und weiter heißt es ebenda: „L'avortement, comme le meurtre, est un crime qualifié par l'intention déterminée de l'agent."

Auch in der Praxis steht man heute vollkommen auf demselben Standpunkte. Eine Zeitlang wurde hier freilich vom Kassationshof eine abweichende Ansicht vertreten. Sein Urteil vom 27. Januar 1806[199] verlangte noch richtig eine Erklärung des Gerichtshofes darüber, daß der Angeklagte „avait agi volontairement et avec intention de nuire". Dann folgte aber das Urteil vom 8. Oktober 1812[200], welches den Rechtssatz aussprach: „Que des coups volontairement portés à une femme, mais sans intention de la faire avorter, étaient passibles de la peine prononcée par l'art. 317, si l'avortement en était résulté." Zu Grunde lag dem Erkenntnisse die Tat eines Mannes, der einer Schwangeren, mit welcher er in Streit geraten war, in seiner Wut Fußtritte auf den Bauch versetzt hatte. Diese Handlung stellte der Kassationshof in dem angeführten Urteile in Parallele mit dem Falle

---

[197] Siehe z. B. Chauvau-Hélie-Villey a. a. O. t. IV p. 70, 71; Montier a. a. O. p. 46; Horch a. a. O. S. 27.

[198] A. a. O. t. IV p. 715.

[199] Bei Montier a. a. O. p. 47.

[200] Bei Bourguignon, Jurisprudence des codes criminels (1852), t. III p. 290.

der vorsätzlichen Körperverletzung mit tödlichem Ausgange: „De même qu'il y avait meurtre de la part de l'individu, qui donne involontairement la mort par des violences volontaires.“ Zu letzterem sei übrigens erklärend erwähnt, daß bis zum Jahre 1832 Wissenschaft wie Praxis in Frankreich in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung die vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgange als „meurtre“ betrachtete und erst durch die loi du 28. avril 1832 dieser Fall als qualifizierte Körperverletzung im art. 309 in fine geregelt wurde.

Aus der nach 1832 hinfällig gewordenen Parallelerscheinung der vorsätzlichen Körperverletzung mit tödlichem Ausgange als Mord ist es wohl auch zu erklären, daß seitdem der Kassationshof seine in dem Urteile vom 8. Oktober 1812 niedergelegte Ansicht bezüglich des Abtreibungsvorsatzes aufgegeben hat. Sein Urteil vom 3. September 1840[201]) erklärt: „Que l'incrimination, au cas d'homicide et d'avortement, se détermine par l'intention constatée de l'agent.“ Und so wird in konstanter Praxis bis auf den heutigen Tag entschieden. Erst neuerdings hat wieder ein Urteil des Kassationshofes vom 27. März 1902[202]) erklärt: „Que l'art. 317, en punissant quiconque par violences aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, reprime seulement les actes commis en vue d'obtenir l'avortement,“ und daß es deshalb notwendig sei, „que les violences aient été commises dans le dessein d'amener cet avortement“[203]).

b) Daß die Abtreibung auch mit Ueberlegung ausgeführt sein muß, ist natürlich aus dem Erfordernisse der Absicht nicht zu schließen. Denn die Ueberlegung ist ein Merkmal

---

[201]) Morin a. a. O. p. 106.

[202]) Dalloz, 1902, V, 63, 64.

[203]) Das ist ganz der Standpunkt von Farinacius, quaest. 122 n. 151: „Quando quis percusserit mulierem animo et intentione, ut ex percussione abortus sequeretur.“

des Entschlusses, nicht des Vorsatzes[204]). Richtig bemerkt daher Garraud[205]): „La volonté de procurer l'avortement est, le plus souvent, préméditée, mais elle peut être aussi le résultat d'un emportement subi et instantané.“

c) Betont sei noch zweierlei. Einmal, daß die Abtreibungsabsicht, wie schon verschiedentlich hervorgehoben wurde, nicht auf die Tötung der Leibesfrucht gerichtet zu sein braucht, sondern daß es genügt, wenn das produit de conception — etwa zu dem Zwecke, dem Kinde Erbrechte oder die Rechte eines ehelichen Kindes zu sichern, — anders als durch den normalen Geburtsakt aus dem Mutterleibe ausgestoßen werden soll. Und zweitens, daß in Ermangelung der Abtreibungsabsicht der Selbstmordversuch der Schwangeren wie die Tötung einer Schwangeren durch einen Dritten nicht als versuchte oder vollendete Abtreibung bestraft werden[206]).

d) Notwendig ist es nicht, daß das Vorhandensein der Abtreibungsabsicht ausdrücklich durch eine besondere Erklärung der Geschworenen bestätigt wird. Es genügt, wenn der Angeklagte Täter ist, eine bejahende Antwort auf die Frage: „Est-il coupable d'avoir administré à la femme X. des moyens propres à lui procurer l'avortement?“ [207])

Diese Fassung erscheint nicht unbedenklich. Aus ihr erhellt die Abtreibungsabsicht nicht zur Genüge. Die Geschworenen können — besonders mangels der Rechtsbelehrung in Frankreich — auf diese Frage häufig bejahend antworten, obgleich die Absicht sich nur auf die Handlungen bezieht, welche die Ursache der Abtreibung waren[208]).

Anders liegt es dagegen, wenn es sich um einen Teil-

---

[204]) v. Liszt a. a. O. S. 308.

[205]) A. a. O. t. IV p. 715.

[206]) Anders im deutschen Rechte, vgl. Olshausen, Kommentar, 6. Aufl., Bd. II S. 776.

[207]) So das Urteil des Kassationshofes vom 6. Februar 1850 (Dalloz, 50, V, 43).

[208]) Montier a. a. O. p. 48.

nehmer als Angeklagten handelt. Hier muß der Umstand, daß der Angeklagte in Kenntnis der Abtreibungsabsicht gehandelt hat, Gegenstand einer formellen Erklärung sein[209]).

e) Aus dem Fehlen der Abtreibungsabsicht folgt, ganz ähnlich wie bei der versuchten Abtreibung am nicht vorhandenen Objekte, nicht die völlige Straflosigkeit der betreffenden Handlung seitens dritter Personen. Es kann vielmehr ein crime oder délit de violences volontaires [art. 309 suiv. c. p.][210]), ein crime oder délit d'administration volontaire de substances vénéneuses nuisibles à la santé [art. 317 Abs. 3, 4, 5 c. p.] und, falls die Handlung in einem „défaut d'adresse ou de précaution" bestand, auch ein délit de blessures et coups involontaires [art. 320 c. p.][211]) in Frage kommen.

f) Trotz Vorhandenseins der Abtreibungsabsicht kann dagegen auch Straflosigkeit der betreffenden Handlung sowohl seitens der Schwangeren wie seitens Dritter eintreten. Wir meinen den Fall der Abtreibung zur Rettung des Lebens der Mutter.

Genau wie bei uns ist man auch in Frankreich einmütig in der Strafrechtspraxis der Ansicht, daß die Abtreibung seitens eines Arztes, falls sie zur Erhaltung des mütterlichen Lebens notwendig ist, von Strafe frei bleibt.

In der Theorie ist man aber bei uns sich nicht darüber einig, wie diese Statthaftigkeit des ärztlichen Eingriffs juristisch zu konstruieren ist [Notstand, Notwehr, ärztliches Berufsrecht, mangelnde Rechtswidrigkeit, Staatsvertrag, Geschäftsführung

---

[209]) So das in Anm. 207 angezogene Urteil.

[210]) Urteil des Kassationshofes vom 2. Juli 1863 (Dalloz, 63, I, 481).

[211]) So das Urteil der Cour d'appel de Grenoble vom 7. Februar 1873 (Dalloz, 74, II, 63), wo es heißt: „L'avortement causé involontairement par suite de remèdes donnés imprudemment ou sans observer les réglements, peut constituer le délit de blessures involontaires occasionnées par imprudence." [So kann auch nach deutschem Recht Körperverletzung vorliegen, vgl. R.G. 9. Mai 1900 Goltd. Arch. 47 S. 286. — Kohler.]

ohne Auftrag, Gewohnheitsrecht u. s. w.] [212]). Eine erhebliche Schwierigkeit ergibt sich im deutschen Strafgesetzbuche nämlich daraus, daß der Fötus als eine Persönlichkeit mit selbständigem Recht auf Leben aufgefaßt wird, so daß Leben dem Leben gegenübersteht und dem Arzte ein jus mortis aut vitae über den Embryo zugestanden werden muß.

Im französischen Rechte ist die Sachlage anders. Allerdings nicht etwa so, daß der Fötus einfach als pars viscerum aufgefaßt wird und der Arzt, der zur Perforation schreitet, um das Leben der Mutter zu retten, nichts Schlimmeres begeht, als wenn er eine Amputation des Armes oder Fußes vornähme [213]). Denn der Fötus ist im code pénal zwar keine Persönlichkeit mit selbständigem Rechte auf Leben, wohl aber ein geschütztes Rechtsgut auch der Mutter gegenüber.

Es liegt vielmehr der Fall genau so, wie bei der Kastration [214]). Abtreibung wie Kastration sind strafbare Selbstverletzungen. Bei der Unterbrechung der Schwangerschaft durch Herbeiführung der künstlichen Frühgeburt eines lebensfähigen Embryos oder durch Ausstoßung eines nicht lebensfähigen oder vorher getöteten Embryos [Kraniotomie, Perforation, Embryotomie] handelt es sich daher nicht um eine Operation an einer dritten Person, sondern um eine Operation an der Schwangeren.

---

[212]) Am besten hierüber Heimberg, Ueber die Straflosigkeit der Perforation (1889), S. 12 ff. und Sippel, Ueber die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter (1902), S. 156—219. Vgl. auch Brückmann in der Zeitschr. für ges. Strafrechtswissenschaft Bd. XXIV S. 657 ff.

[213]) So fälschlich Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, Bd. II S. 120. Scharf dagegen mit Recht bereits Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, S. 603, neuerdings auch Heimberg, Strafrecht und Medizin, S. 27 ff.

[214]) So z. B. Montier a. a. O. p. 50 und Ferdut, De l'avortement au point de vue médical etc. (1865), p. 101. Siehe auch die schon früher gezogene Vergleichung von Abtreibung und Kastration in Bd. XVII S. 418, 419.

Von diesem Gesichtspunkte aus wäre es nun völlig widersinnig, wenn die zur Rettung der Mutter erforderliche Abtreibung bestraft würde. Denn der Rechtsschutz der Leibesfrucht und der Rechtsschutz des Kindes beruhen auf ganz verschiedenen Gründen. Die Mutter ist vom Augenblick ihrer Geburt an als gewordener Mensch ein Mitglied des Staates und hat gegen diesen einen Anspruch auf Schutz ihres Daseins, ein Recht auf Leben. Der Fötus ist dagegen noch nicht Mensch, noch nicht Angehöriger des Staates. Er wird nur aus bevölkerungspolitischen Gründen, nicht um seiner selbst willen geschützt und hat kein Recht auf Leben. Wäre nun die Abtreibung zur Erhaltung der Mutter strafbar, so würden damit Mutter und Leibesfrucht rechtlich vollkommen gleichgestellt, ja es würde der Rechtsschutz der Leibesfrucht höher bewertet als das Recht der Mutter auf Leben. Das ließe sich aber allein dann rechtfertigen, wenn der dem Fötus aus bevölkerungspolitischen Gründen gewährte Rechtsschutz eine derartige Gleichstellung mit dem Lebensrechte der Mutter gebieterisch verlangen würde. Dies trifft jedoch keineswegs zu. Bei der künstlichen Frühgeburt eines foetus déjà viable liegt das ganz klar. Hier wird durch die Operation ein lebensfähiges Kind zur Welt gefördert, während ohne den Eingriff aller Wahrscheinlichkeit nach Mutter wie Kind umkommen müßten. Also vom bevölkerungspolitischen Standpunkt aus das denkbar günstigste Resultat, eine „operation salutaire et indispensable“ [215]) in jeder Beziehung.

Und nicht viel anders sind die Fälle, wo es sich um die Entfernung eines noch nicht lebensfähigen oder vorher getöteten Embryos zur Erhaltung des Lebens der Mutter handelt. Man muß nur bedenken, daß ohne den Eingriff ein bereits produktives, der Familie, dem Staatswesen und der menschlichen Gesellschaft nützliches Mitglied zu Grunde ginge zu Gunsten des Kindes, dessen weiteres Leben bei der großen

[215]) Brouardel, L'exercice de la médecine, p. 393.

Kindersterblichkeit in den ersten Jahren — nach der Statistik entfällt ein Drittel bis nahezu die Hälfte aller Gestorbenen auf das erste bis fünfte Lebensjahr — äußerst zweifelhaft ist, und das noch viele Gefahren zu bestehen hat, ehe es in gleicher Weise wie die Mutter eine gesellschaftliche Arbeitskraft wird. Meist wäre der Erfolg eines Verbotes der Abtreibung auch hier sogar der, daß Mutter und Kind zu Grunde gehen müßten, da infolge des Todes der Schwangeren mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben des Kindes bedroht ist. Demnach würde in diesen Fällen ebenso wie bei der künstlichen Frühgeburt eines lebensfähigen Fötus durch eine gesetzliche Verhinderung der Abtreibung weit größere Nachteile für die Bevölkerung entstehen als sonst[216]).

Zu dieser Erwägung tritt ergänzend eine zweite. Da nämlich der Gesetzgeber aus den von ihm verfolgten bevölkerungspolitischen Zwecken gar keinen Grund hat, die zur Erhaltung der Mutter notwendige Abtreibung zu bestrafen, so läßt sich folgendes geltend machen[217]): Das vom Strafgesetzbuche vorgesehene

[216]) Nicht unerwähnt bleibe, daß auch Napoleon I. der Ansicht war, der Mutter dürfe das ihr einmal gewährte Lebensrecht nicht genommen werden, wie aus Antonmarchi's „Les derniers moments de Napoléon“ (Paris 1825) hervorgeht. Hier erzählt Napoleon über die Geburt des Königs von Rom auf p. 18: „Ihre (Marie Luisens) Niederkunft war sehr schwierig, und ich darf wohl sagen, daß sie ihr Leben großenteils meiner Sorgfalt verdankt. Ich saß in meinem Nebenkabinett. Dubois eilte herbei und meldete mir die Gefahr. Er war ganz bestürzt, das Kind hatte eine falsche Lage (Steißlage), er wußte nicht, wie er den Kopf einleiten sollte. Ich beruhigte und fragte ihn, ob ihm noch niemals bei Entbindungen ein solcher Fall vorgekommen sei. — Ja, allerdings, aber einmal unter tausend. .... Wohlan, vergessen Sie die Würde, behandeln Sie die Kaiserin wie eine Krämerin aus der Straße St. Denis: mehr verlange ich nicht. — Darf ich aber die Instrumente anlegen? Und wenn neue Zufälle eintreten sollten, wen soll ich retten, die Mutter oder das Kind? — Die Mutter, das ist ihr Recht.“

[217]) So beispielsweise Dubois, Annales d'hygiène publique et de Médecine légale, 1843, p. 250 ff.; Montier a. a. O. p. 50; Garraud a. a. O. t. IV p. 718; Zaborowski in der Grande Encyclopédie, t. IV p. 948. Auch Horch a. a. O. S. 29.

und bestrafte Abortieren ist das nicht zur Erhaltung der Mutter notwendige, ist eine Tat „conçu dans un but criminel“, ist eine geheime Handlung, „un acte secret“, die sowohl das Gewissen des Operateurs wie das der einwilligenden Schwangeren belastet. Der Abortus seitens des Arztes zum Zwecke der Rettung der Mutter dagegen ist eine am hellen Tage vollzogene Operation, ein Eingriff, der nicht „dans le dessein de nuire“, sondern „dans l'intention de sauve-garder“ geschieht und deshalb weder das Gewissen des Arztes noch das der Schwangeren irgendwie verletzen kann. Die zur Erhaltung der Mutter nach den Regeln der Heilkunde vorgenommenen Handlungen des Arztes sind daher nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig[218]).

Die beiden angegebenen, im engen Verhältnisse zueinander stehenden allgemeinen Erwägungen würden schon für sich allein genügen, in den in Rede stehenden Fällen eine Bestrafung auszuschließen, selbst wenn der code pénal darüber gar nichts sagte. Nach ihnen ist ja der fragliche ärztliche Eingriff, soweit ihn der Körperzustand der Schwangeren erfordert, nicht eine unter den Tatbestand des art. 317 c. p. fallende Abtreibungshandlung[219]).

Doch selbst wenn man dieser einleuchtenden und fast durchweg in der Wissenschaft vertretenen Ansicht nicht sein sollte, sondern meint, die Abtreibungshandlung des Arztes werde vom art. 317 c. p. mitbetroffen, ergibt sich doch deren Straflosigkeit. Und zwar aus dem nachstehenden Grunde: Die Abtreibung ist eine Tat, die vom französischen Strafgesetzbuche — das folgt aus der Ueberschrift, unter der art. 317 c. p. steht — zu den „blessures et coups volontaires non qualifiés

---

[218]) Diese Auffassung deckt sich fast vollkommen mit der von v. Liszt a. a. O. S. 153, 154 für unser Strafgesetzbuch vertretenen.

[219]) Fodére, Traité de médecine légale, t. IV p. 389, redet von einem avortement direct (qui est l'effet d'une mauvaise intention) und einem avortement indirect (qui est attaché au traitement indispensable des maladies de la mère) und erklärt, nur ersteres fiele unter das Strafgesetzbuch.

meurtre" gerechnet wird. Demnach ist der unter dem Titel „blessures et coups qui ne sont ni crimes ni délits" sich befindende art. 328 c. p. anwendbar, der lautet: „Il n'y a ni crime ni délit, lorsque . . . les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui" [220]).

Mag dem nun sein, wie ihm wolle — immer ist die zur Rettung der Mutter notwendige Abtreibung in Frankreich straffrei.

Allerdings besteht zwischen den beiden erwähnten Ansichten in zwei Punkten ein wichtiger Unterschied. Einerseits wird nach der ersten Ansicht die ganze Frage vom juristischen auf das medizinische Gebiet hinübergespielt. „La provocation chirurgicale," sagt Garraud [221]), „est une question uniquement scientifique du demaine obstétrical." Und hieraus folgt anderseits, daß auch in den Fällen, wo der Arzt den Fötus ohne Notwendigkeit getötet oder verstümmelt hat, überhaupt wo er den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft zuwidergehandelt hat, er auch da nur nach den art. 319, 320 c. p. „qui, par leur généralité, frappent toute personne, quelle que soit sa profession, qui se sera rendue coupable de fautes ou de négligences très graves", verantwortlich ist [222]). Das ist ein weiterer wichtiger Grund, der ersten Auffassung den Vorzug zu geben.

Was endlich den Standpunkt der Aerzte zu der ihnen nach der herrschenden Ansicht überlassenen Frage des künst-

---

[220]) So Lemoine a. a. O. p. 9; Ferdut a. a. O. p. 101; Berrut in seiner Pariser These „Y a-t-il des cas où il soit permis à l'accoucheur de provoquer l'avortement?" (1855) p. 14 ff. Das ist übrigens auch der Standpunkt des mexikanischen Strafgesetzbuches vom 7. Dezember 1871, dessen Art. 570 lautet: „Als notwendig gilt eine Abtreibung nur, wenn bei ihrer Nichtvornahme die schwangere Frau nach dem Urteil des sie behandelnden Arztes Gefahr läuft zu sterben, wobei dieser das Gutachten eines anderen Arztes zu hören hat, sobald dies möglich und der Verzug nicht gefahrbringend ist."

[221]) A. a. O. t. IV p. 718.

[222]) So richtig Montier a. a. O. p. 51, Anm. 2.

lichen Abortus anbetrifft, so sieht man heute unter den Medizinern einstimmig bei einem Vorliegen gewisser, hier natürlich nicht näher zu erörternder Umstände, die Bewirkung einer Abtreibung als notwendig an. Doch hat die Académie de médecine in ihrer Sitzung vom 10. Februar 1852 auf Grund des Rapport sur l'avortement provoqué von Cazeaux[223]) entschieden, „que l'avortement chirurgical devait être une opération fort rare et une ressource extrême". Auch gab hier in der Diskussion Bégin den Rat[224]): „Je voudrais, que l'accoucheur, qui a cru absolument nécessaire de provoquer l'avortement, fût obligé d'en faire la déclaration dans un délai déterminé." Ein Rat, den Zaborowski[225]) dahin modifiziert: „Une pareille opération engage au plus haut degré la responsabilité morale du praticien, puisque, même pratiquée dans un but thérapeutique, outre son résultat toujours regrettable, elle peut servir de pretexte à un avortement criminel. Aussi, avant de recourir à ce moyen extrême, le praticien, pour dégager sa responsabilité, ne saurait trop s'eclairer des lumières des maîtres de la science et ne devrait jamais tenir secrète une pareille opération." Aehnlich erklärt Brouardel[226]): „Je vous recommande de ne jamais le pratiquer sans avoir, au préalable, demandé l'avis d'un ou deux confrères." Und Tardieu[227]) endlich äußert sich dahin: „A mon sens, en effet, ce ne serait pas à une simple question de responsabilité médicale qu'aurait à répondre celui qui se livrerait, sans conseil et sans appui, à une semblable opération; je ne vois pas, comment il pourrait échapper, je ne dis pas à une condamnation, mais du moins à une poursuite criminelle."

Nicht unerwähnt bleibe übrigens, daß nach dem schon oben

---

[223]) Bulletin de l'Académie, t. XVII p. 34 ff.

[224]) Siehe Tardieu a. a. O. p. 103.

[225]) Grande Encyclopédie, t. IV p. 948.

[226]) L'exercice de la médicine p. 393.

[227]) A. a. O. p. 103 ff.

erwähnten Gesetze vom 30. November 1892 den Hebammen aufs strengste die Bewirkung eines Abortus untersagt ist.

II. Willensbetätigung. a) Die Abtreibungsabsicht realisiert sich in der Anwendung der zum Verbrechen tauglichen oder vermeintlich tauglichen Mittel. Eine Schranke bezüglich dieser Mittel ist nicht vorhanden. Der art. 317 c. p. redet ausdrücklich von aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen. Demnach ist auch die Strafbarkeit einer Abtreibung durch ein rein psychisches Mittel, etwa die Erregung eines heftigen Schreckes, zu bejahen.

b) Die Frage, ob ein Mittel im einzelnen Falle zur Abtreibung tauglich oder nicht tauglich erscheint, ist keine juristische, sondern eine medizinische. Damit erledigt sich ihre Behandlung an dieser Stelle. Hervorgehoben sei nur, daß die Zahl der Mittel eine ungeheuer große ist, und daß Frankreich infolge seines Klimas und seiner Pflanzenwelt teilweise andere moyens abortifs hat als wir in Deutschland[228]).

c) Die verbrecherische Willensbetätigung besteht in einem „procurer", „administrer" oder bei den „gens de l'art" auch in einem „indiquer" von Abortivmitteln. Die Bedeutung dieser Begriffe ist oben im Kapitel über Subjekt und Objekt hinlänglich erläutert worden.

d) Die verbrecherische Willensbetätigung kann vorgenommen werden von dem Augenblicke an, wo das Kind konzipiert ist, bis zu dem Augenblicke, wo es im Sinne des art. 300 c. p. ein „enfant nouveau-né" ist. Die gerichtliche Medizin hat hier zwischen avortement und infanticide im streitigen Falle die Grenze zu ziehen.

E. Versuch und Erfolg.

I. Versuch. a) Bei uns muß die Regel des § 43 Str.G.B., nach welchem bei Verbrechen stets der Versuch zu bestrafen

---

[228]) Eine eingehende Zusammenstellung der Abtreibungsmittel findet man am besten bei Brouardel, L'avortement, p. 118—165.

ist, auch auf die Abtreibung, deren sämtliche Fälle ja mit Zuchthaus bedroht sind, angewandt werden.

Ein solcher Versuch wird der herrschenden Lehre nach in Wissenschaft und Praxis überall da angenommen, wo die Fehlgeburt nicht infolge der vorsätzlichen Abtreibungshandlung eingetreten oder trotz dieser die Tötung des Embryos nicht erfolgt ist, sei es, weil derselbe bereits tot war, sei es, weil er lebend geboren wurde, sei es, weil überhaupt gar keine Schwangerschaft oder nur eine solche mit einer sogen. Mole vorlag. Ob die Mittel zur Abtreibung tauglich waren oder nicht, ist auf die Strafbarkeit des Versuches ohne jeden Einfluß, sofern sie nur dem zurechnungsfähigen Täter als tauglich erschienen [229]).

Das Gebiet des Abtreibungsversuches ist mithin in Deutschland ein ungeheuer großes.

b) Demgegenüber ist die außerordentlich eingeschränkte Bestrafung des Abtreibungsversuches im französischen Rechte beherzigenswert. Gerade bei der Abtreibung, die nach unserer heutigen, sich allmählich von der veralteten Auffassung des kanonischen Rechts loslösenden Anschauung viel zu hart geahndet wird, erscheint das sehr am Platze. Die Praxis des Reichsgerichts, die hier jeden Versuch — auch den mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekte — bestraft, widerspricht dem modernen Empfinden, das schon den Erfolg mit ganz anderen Augen als der Gesetzgeber ansieht. Nirgends sind Kohlers Worte [230]): „Die Hervorhebung des Erfolgs im Strafrecht, im Gegensatz zu der recht einseitigen, fast weichlichen Anschauung, die dahin neigt, gleichen Willen stets gleich zu behandeln, ist ebenso richtig, wie gerade in unserer Zeit angebracht," zutreffender als bezüglich des Abtreibungsversuches. Die nachfolgende Darstellung desselben in Frankreich dürfte daher wohl eine ganz besondere Beachtung zu beanspruchen haben.

---

[229]) Vgl. Horch a. a. O. p. 47.

[230]) Im Vorworte zu Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, S. III.

c) Das französische Recht enthält im art. 2 c. p. die Bestimmung: „Toute tentative de crime, qui aura été manifesté par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même."

Art. 2 c. p. spricht also einen allgemeinen Grundsatz aus. Er muß deshalb auch bei der Abtreibung Anwendung finden, falls nicht im art. 317 c. p. selbst bezüglich des Versuches eine Ausnahme gemacht ist.

d) Wie schon oben bei der Lehre vom Handlungsobjekte hinreichend dargelegt worden ist, scheidet eine Bestrafung des Versuches am nicht vorhandenen Objekte bei der Abtreibung von vornherein aus, da übereinstimmend in Wissenschaft wie Praxis angenommen wird, ein produit de conception, eine wirkliche Schwangerschaft, sei condition constitutive des art. 317.

e) Im übrigen gestaltet sich in der Rechtsprechung die Versuchsstrafe folgendermaßen:

1. Der durch einen Dritten verübte Abtreibungsversuch in Gemäßheit des Abs. 1 des art. 317 c. p. ist strafbar.

2. Der durch die Schwangere verübte Abtreibungsversuch in Gemäßheit des Abs. 2 des art. 317 c. p. ist straffrei. Denn hier findet sich der Zusatz: „si l'avortement s'en est suivi."

3. Der durch die gens de l'art verübte Abtreibungsversuch in Gemäßheit des Abs. 3 des art. 317 c. p. ist strafbar. Allerdings findet sich hier ebenfalls der Zusatz: „si l'avortement a eu lieu." Trotzdem tritt eine Bestrafung nach Abs. 1 ein. Es ist also die Sachlage genau die gleiche wie bei uns. Auch der § 219 Str.G.B. macht ausdrücklich den vollendeten Tatbestand des Verbrechens der Abtreibung zur Voraussetzung der Strafbarkeit desjenigen, welcher „gegen Entgelt" abgetrieben hat, auch in Deutschland wird deshalb der Versuch dieser qualifizierten Tätigkeit nicht nach § 219, sondern nach

§ 218 Abs. 3 Str.G.B. bestraft. Bemerkt sei übrigens, daß sich diese mildere Bestrafung der gens de l'art nach Abs. 1, statt Abs. 3 des art. 317 sehr wohl rechtfertigt. Die Qualifizierung beruht ja nur auf dem Gedanken, die von sachkundiger Hand verabreichten Mittel seien besonders tauglich. Hat sich dies aber nicht ergeben, so liegt kein Grund zu einer erhöhten Bestrafung vor. Nicht die Verwerflichkeit der Gesinnung, sondern die Gefährlichkeit der Handlung wird hier erhöht bestraft.

f) Diese Behandlung des Abtreibungsversuches in der französischen Rechtsprechung[231]) hat — natürlich abgesehen von dem Fall zu 1, wo eine Meinungsverschiedenheit nicht möglich ist — in der Wissenschaft lebhaften Widerspruch gefunden. Hier wird mit Nachdruck die Ansicht verfochten, der Abtreibungsversuch sei niemals strafbar[232]). Und zwar stützt man sich einmal auf sprachliche und dann auf entstehungsgeschichtliche Gründe.

1. Sprachliche Gründe. Hätte der Gesetzgeber, wendet man ein, wirklich den von einem Dritten nach Abs. 1 des art. 317 verübten Abtreibungsversuch strafen wollen, so hätte er nicht den Ausdruck „qui aura procuré" gebraucht. Dieser

---

[231]) Sie ergibt sich hauptsächlich aus den Urteilen des Kassationshofes vom 16. Oktober 1817 (Sirey, 18, I, 75), vom 29. Januar 1852 (Dalloz, 52, II, 52), vom 20. Januar 1853 (Dalloz, 53, I, 72), vom 25. Juni 1853 und vom 13. Januar 1854 (Journal de droit criminel, 1854, p. 154 ff.), vom 24. Juni 1858 (Dalloz, 58, I, 428), vom 7. Oktober 1858 (Dalloz, 58, I, 474), vom 25. Juli 1860 (Dalloz, 60, I, 190), vom 3. März 1864 (Dalloz, 64, I, 406) und vom 22. September 1881 (Sirey, 81, I, 789). Ebenso mit ausführlicher Begründung des schon früher angezogenen Urteils des Kassationshofes in München vom 23. September 1853 (Gerichtssaal Bd. VII S. 11—16).

[232]) So z. B. Montier a. a. O. p. 59; Faustin-Hélie-Villey a. a. O. t. IV p. 75 ff.; Legraverend, Législation criminelle t. I p. 121; Carnot, Commentaire du Code pénal t. II p. 63; Bourguignon a. a. O. t. III p. 292; Garraud a. a. O. t. IV p. 723 ff.; Bailleux a. a. O. p. 77 ff. In Deutschland Mittermaier im Gerichtssaal Bd. VII S. 4.

setze das vollendete Verbrechen voraus. Dafür spräche einerseits das angewandte futur passé, anderseits der Umstand, daß der Gesetzgeber im Abs. 3 statt „procurer“ die Verben „indiquer et administrer“ mit dem Zusatze „si l'avortement s'en est suivi“ gewählt habe. Deshalb sei auch im Abs. 2 die Strafbarkeitsbedingung „si l'avortement aura eu lieu“ nur zu „qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet“, nicht aber zu „la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même“ zu ziehen. Wenn man mithin den Abtreibungsversuch der Schwangeren nicht ahnde, so müsse man zu dem Ergebnisse gelangen, daß im Abs. 2 die Worte „qui se sera procuré l'avortement“ für sich allein die Möglichkeit der Versuchsstrafe ausschlössen. Dann hätte man aber folgerichtig im Abs. 1 dem dort gewählten „qui aura procuré“ denselben Sinn zu geben, was wieder mit Notwendigkeit die Bestrafung nicht nur der Dritten des Abs. 1, sondern auch der gens de l'art des Abs. 3 weges Versuches unmöglich mache.

Alle diese Gründe gegen die Auffassung der Rechtsprechung sind indes nicht stichhaltig und bereits hinreichend oben bei der Behandlung des Subjektes des Abtreibungsverbrechens entkräftet worden. Dort wurde zunächst eingehend die Bedeutung des Wortes „procurer“ erörtert [S. 267, 268]. Dort wurde ferner dargetan, daß die gewählte Perfektform ihren guten Grund und einen ganz anderen Sinn hat [S. 269, 270]. Dort wurde endlich gezeigt, warum im Abs. 1 das Verbum „procurer“ gewählt werden mußte und die Verben „indiquer et administrer“ nicht zu verwenden waren [Anm. 160, 161 und S. 269].

2. Entstehungsgeschichtliche Gründe. Man beruft sich auf die Verhandlungen im französischen Staatsrate, welche der Abfassung des art. 317 c. p. vorausgingen. Und zwar besonders auf die Verhandlungen in der Sitzung vom 26. August 1809. Diese ließen — so wird behauptet — keine Zweifel darüber bestehen, daß der Gesetzgeber bei der Abtreibung nur

die vollendete Tat, nur die herbeigeführte, die konsumierte Abtreibung der Leibesfrucht mit Strafe belegt wissen wollte, nicht aber den bloßen Versuch.

Das Protokoll dieser Sitzung des Conseil d'Etat vom 26. August 1809 lautet[233]):

„M. Corvetti demande qu'on généralise la disposition, qui exempte de punir la femme, lorsque les moyens qu'elle a employés n'ont pas produit l'avortement. — M. Berlier dit que les expressions „quiconque aura procuré" ne laissent aucun doute à cet égard, ce qui rend l'amendement inutile. — M. Regnault dit qu'alors l'article n'est pas suffisant. Un chirurgien qui ne réussirait pas, demeurerait impuni et néanmoins on ne peut prétendre qu'il est innocent. — M. Merlin répond que ce médecin serait atteint par la disposition, qui punit la tentative du crime. — M. Treilhard partage cette opinion. — M. Berlier dit, que les observations de M. Merlin l'engagent à adopter l'amendement de M. Corvetti. Au fond M. Regnault a seul exprimé le désir, que la tentative fut punie comme l'avortement même; mais le législateur doit désirer que les mœurs s'épurent, il doit craindre aussi de donner ouverture à des procédures indiscrètes et qui amèneraient souvent pour tout résultat beaucoup de scandale. Comment en effet pénétrer dans une matière aussi mystérieuse? Et comment croire qu'on voudra s'y engager, quand le crime n'aura pas été suivi de son effet?"

Motive sind nun an sich von keiner besonderen Bedeutung. Sie wären, selbst wenn sie für die Ansicht der allgemeinen Straflosigkeit des Abtreibungsversuches zuträfen, nicht ausschlaggebend. Hier treffen sie aber nicht einmal zu. Im Gegenteil, sie sprechen gewichtig gegen die die Rechtsprechung bekämpfende Auffassung. Man sehe sich nur die Verhandlung aufmerksam an. Da haben Merlin und Treilhard die An-

---

[233]) Locré, Législation civile, commerciale et criminelle t. XXX p. 382, 426, 463, 475, 503.

sicht ausgesprochen, die Strafbarkeit der gens de l'art beim Versuche ergäbe sich aus Abs. 1, da in diesem Absatze eine Straflosigkeit des Versuches nicht ausgesprochen sei. Berlier hat darauf die Begründetheit dieser Auffassung anerkannt und aus diesem Grunde den Vorschlag von Corvetti, die Straflosigkeit des Abtreibungsversuches seitens der Schwangeren zu generalisieren, auch zu dem seinen gemacht. Allein dieses Amendement, welches der einzige Gegenstand der Debatte war, wurde verworfen und art. 317 c. p. in gegenwärtiger Fassung angenommen[234]).

Mit ebensowenig Glück beruft man sich weiter auf die Sitzung der Commission du Corps législatif vom 29. Dezember 1809[235]), in welcher dieselbe Frage von neuem verhandelt wurde. Hier wurde vorgeschlagen, „d'ajouter à la fin de chacun des trois aliénas de l'article 317 la disposition suivante: Si l'avortement n'a pas eu lieu, la peine sera réduite à un emprisonnement de six mois au moins à deux ans au plus“.

Dieser Vorschlag, den Versuch in allen drei Fällen des art. 317 ausnahmsweise mit geringerer Strafe zu belegen, wurde jedoch im Staatsrate verworfen. Der von dem Regierungsvertreter dem gesetzgebenden Körper in der Sitzung vom 7. Februar 1810 erstattete Bericht ergibt über die Gründe dieser Verwerfung keinerlei Aufschluß[236]), indem er die im Staatsrate entstandene Debatte über die Strafbarkeit der gens de l'art beim Versuche überhaupt nicht berührt.

Endlich führt man noch folgende Aeußerung des Berichterstatters Monseignat im Corps législatif in der Sitzung vom 17. Februar 1810[237]) an: „Il est cependent un attentat des plus graves, et pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont

---

[234]) Siehe dazu auch das in Anm. 232 angezogene Urteil des Kassationshofes in München vom 23. September 1853.

[235]) Locré a. a. O. p. 463.

[236]) Locré a. a. O. p. 473.

[237]) Locré a. a. O. p. 503.

pas cru devoir punir la simple tentative de le commettre, c'est l'avortement volontaire. Ce crime porte souvent sur des craintes, et quand il n'est pas consommé, outre que la société n'éprouve aucun tort, c'est qu'il est fort difficile de constater légalement une intention presque toujours incertaine, une tentative trop souvent équivoque, surtout dans la supposition de l'impuissance de sa cause et de la nullité de ses résultats."

Auch hieraus kann nichts für die Straflosigkeit des Versuches dritter Personen gefolgert werden. Monseignat redet ja nur mit Bezug auf die Schwangere. Einzig und allein für diese passen die von ihm für die Straffreiheit angeführten Gründe. Nur bei der Mutter, nicht bei dritten Personen kann angenommen werden, daß die Tat auf bloßen Befürchtungen vor künftigen Uebeln beruhe („Ce crime porte souvent sur des craintes"). Und nur bei der Mutter, nicht bei dritten Personen kann angenommen werden, daß die Feststellung, ob die Absicht abzutreiben oder die Absicht, die ausgebliebene Menstruation wiederherzustellen, vorgelegen habe, sehr schwer zu treffen sei („Qu'il est fort difficile de constater légalement une intention presque toujours incertaine")[238]).

g) Die Stellungnahme der Praxis zum Abtreibungsversuche erweist sich aber nicht nur formell, sondern auch materiell als durchaus berechtigt. Denn bezüglich der Schwangeren liegen so gewichtige Gründe vor, daß hier, aber allein hier, von einer Bestrafung des Abtreibungsversuches Abstand genommen werden mußte.

Es verlohnt sich der Mühe, diese Gründe wenigstens in ihren Umrissen flüchtig zu skizzieren. Sie zeigen, daß die erst neuerdings wieder vertretene Ansicht[239]), eine Straflosigkeit der abtreibenden Schwangeren beim bloßen Versuche sei dringend

---

[238]) So schon das angezogene Urteil des Münchner Kassationshofes vom 23. September 1853.

[239]) Raschke, Die Vernichtung des keimenden Lebens, 2. Aufl. (1905), S. 20 ff.

für die Reform unseres Strafgesetzbuches geboten, sehr erwägenswert ist, und daß man wohl der Auffassung des code pénal den Vorzug vor der abweichenden unseres Rechtes zu geben haben wird.

Die Gründe für die Straffreiheit des Abtreibungsversuches der Schwangeren sind im wesentlichen folgende:

1. Bei der Schwangeren ist der Versuch äußerst schwer nachweisbar, da man hier häufig aus der Art der vorgenommenen Versuchshandlungen noch keinen sicheren Schluß auf den Dolus ziehen kann. Denn die Gesundheit der Schwangeren ist nicht selten in der Gestationszeit mehr oder minder beunruhigenden Krisen ausgesetzt, deren Charakter als Folge von angewandten Abtreibungsmitteln bei wirklicher normaler Geburt des Kindes selbst für den Mediziner sehr schwer zu erkennen ist.

Anderseits befindet sich auch die Schwangere oft über ihren Zustand in völliger Täuschung, indem bei ihr die sonst regelmäßig eintretenden Zeichen der Schwangerschaft (Ausbleiben der Menstruation, Ekel vor Speisen u. s. w.) anfangs nicht vorhanden sind. Fällt dann später die monatliche Reinigung wirklich weg, so wird unter solchen Umständen die Schwangere häufig, trotzdem sie sich eines vollzogenen Beischlafes bewußt ist, nach bekannter Erfahrung lieber das günstigere Verhältnis annehmen und sich nicht für schwanger halten. Sie wird aber durch die Unbehaglichkeit ihres Zustandes sich nicht selten veranlaßt sehen, Mittel zur Herstellung der Menstruation anzuwenden. Das sind jedoch meist dieselben Mittel, welche zur Bewirkung der Abtreibung gebraucht werden.

Endlich sind auch viele der practiques abortives solche, welche erlaubterweise im häuslichen Leben vorgenommen werden dürfen, wie heftige Bewegungen, anstrengendes Arbeiten, Heben schwerer Lasten[240]). Alles dies zeigt, daß, wenn der

---

[240]) Siehe hierzu auch Mittermaier a. a. O. S. 28, 29.

Gesetzgeber den Abtreibungsversuch der Schwangeren mit Strafe bedroht, zahlreiche grund- oder erfolglose Untersuchungen eingeleitet werden.

2. Auch aus bevölkerungspolitischen Rücksichten erscheint es angebracht, den Versuch der Abtreibung bei der Schwangeren straflos zu lassen. Denn seelische Erregungen der Mutter können unbestritten und unbestreitbar für den Embryo von dem größten Nachteile sein. Wird nun vor Geburt des Kindes wegen versuchter Abtreibung gegen die Mutter ein gerichtliches Verfahren eingeleitet, so wird die dadurch hervorgerufene hohe Aufregung der Mutter von schädlichstem Einflusse auf ihre am Leben gebliebene Leibesfrucht sein[241]). Und so würde der Gesetzgeber unter Umständen die von ihm bei der Bestrafung der Abtreibung verfolgten bevölkerungspolitischen Zwecke selber vereiteln.

3. Mit Recht ist ferner hervorgehoben worden, daß der Gesetzgeber nicht durch eine voraussichtlich erfolglose Untersuchung die Ruhe der Familie stören dürfe und im Interesse des Kindes Halt machen müsse vor einer Antastung der Ehre der Mutter. „Il est," sagt Girard de Vasson[242]), „des mystères, qui doivent être respectés, même au prix de l'impunité, car on ne pourrait les toucher d'une main sûre et les intérêts de la morale elle-même parlent plus haut que ceux de la vindicte publique en faveur de cette immunité nécessaire accordée à la femme par la décence et l'humanité de nos lois."

4. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Schwangere schon durch die gehabte Angst und Aufregung sowie durch die infolge des Gebrauches der Mittel häufig herbeigeführten schweren Unterleibsleiden hart genug bestraft ist. Auch darf man nicht vergessen, daß die Schwangere meist aus erklärlicheren und deshalb leichter verzeihlichen Motiven — vor allem

---

[241]) Aehnlich Raschke a. a. O. S. 20.

[242]) Revue critique, t. XV (1859), p. 168.

aus sexuellem Ehrgefühle — die Leibesfrucht zu beseitigen versucht als Dritte.

5. Endlich findet sich in einem arrêt der Cour d'assises du Rhône vom 20. Juni 1838[243]) noch folgende geistvolle Begründung dieses Abweichens von der Regel des art. 2 c. p. im art. 317. Es wird nämlich dort erklärt, daß die Strafbarkeit des Versuches keine abschreckende Wirkung auf die Schwangere hätte. Im Gegenteil. Sie würde in dem Falle, wo der Versuch ans Tageslicht käme, ihr ein freiwilliger Rücktritt verschlossen wäre und sie eine Bestrafung zu vergegenwärtigen hätte, das versuchte Verbrechen nun zu vollenden trachten, weil sie sich sagen müßte: Wenn ich das Verbrechen vollende, steht mir keine höhere Strafe bevor und ich habe dann den erstrebten Vorteil der Ausstoßung der mir lästigen Leibesfrucht. So würde die Strafe des Versuches, die bekanntlich in Frankreich in seltsamer Abirrung vom Wesen des Strafrechts ebenso hoch ist wie die der vollendeten Tat, der Schwangeren gegenüber, die ja jeden Augenblick in der Lage ist den Versuch zu wiederholen, geradezu die Aufforderung enthalten, jenes versuchte Verbrechen zu vollenden. Demnach liefe auch nach dieser Richtung hin die Bestrafung des Abtreibungsversuches der Schwangeren den vom Gesetze anerstrebten bevölkerungspolitischen Zwecken völlig zuwider.

Das wären die für eine Straflosigkeit des Versuches auf seiten der Schwangeren sprechenden Gründe. Sie liegen bei Dritten niemals oder wenigstens fast niemals vor, so daß die Ansicht der Wissenschaft in Frankreich, die Dritten beim Versuche gleichfalls straffrei zu lassen, sich auch nicht einmal vom logischen und kriminalpolitischen Standpunkt aus rechtfertigt, selbst wenn man ganz von dem Dritten absieht, welcher der Schwangeren wider ihren Willen die Leibesfrucht abtrieb. Ja, die Straflosigkeit der Schwangeren beim Versuche erfordert sogar gebieterisch eine harte, den Versuch

---

[243]) Pal., 38, II, 597.

mitumfassende Bestrafung der Dritten zur Ermöglichung einer wirksamen Bekämpfung des Abtreibungsverbrechens. Die möglichste Erschwerung der Abtreibungshandlungen Dritter ist die beste Vorbeuge, da die Schwangere regelmäßig nie allein abtreibt und ohne jede Hilfe anderer aus Erkenntnis der Schädlichkeit eines rohen selbsttätigen Eingriffs für ihre Gesundheit vor einer Begehung des Verbrechens zurückschreckt. Deshalb muß vom Gesetzgeber mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, also auch durch Bestrafung des Versuches, verhütet werden, daß Dritte der oft schwer bedrängten, meist ratlosen Geschwängerten zur Hand gehen.

b) Bemerkt sei schließlich noch, daß in Frankreich bei der Bestrafung des Abtreibungsversuches nur der Versuch mit untauglichen Mitteln in Frage kommen kann, da einerseits der Versuch am nicht vorhandenen Objekte überhaupt nicht bestraft wird, anderseits ein Versuch am untauglichen Objekte — bei uns an einem bereits abgestorbenen Embryo oder einer Mole — nicht denkbar ist, da jedes produit de conception ein taugliches Mittel darstellt, mag es sich auch um eine tote oder krankhaft entartete Frucht handeln.

Und was den Versuch mit untauglichen Mitteln anbetrifft, so sei hervorgehoben, daß die französische Rechtsprechung die sogen. reale Gefährdungstheorie vertritt. „La doctrine, presque tout entière, se rattache à la théorie objective“ [244]). Der Kassationshof unterscheidet in ständiger und wohl auch verständiger Praxis [245]) zwischen einer Unmöglichkeit „purement accidentelle“ und einer Unmöglichkeit, die „fatale“, d. h. unvermeidlich ist, „tenant à la nature des choses, de telle sorte qu'en aucune façon et toute question de circonstances à part, la réalisation du délit, étant donné les éléments qui en constituaient l'exécution, était condamnée à ne jamais aboutir“ [246]).

---

[244]) Garraud a. a. O. t. I p. 394.

[245]) Erst neuerdings wieder in seinem Urteile vom 4. Januar 1895 (Sirey, 95, I, 108).

[246]) Saleilles a. a. O. p. 41 ff.

Danach ist das Kriterium der Strafbarkeit beim Versuche mit untauglichen Mitteln ein „insuccès purement accidentel“: die Mittel müssen trotz regelmäßiger Wirksamkeit lediglich mit Rücksicht auf die vorliegenden konkreten Umstände bei an sich richtiger Anwendung nicht zum Ziele geführt haben.

II. Erfolg. a) Der Erfolg der Abtreibung kann im französischen Rechte ein doppelter sein:

1. die Tötung,
2. die anormale Ausstoßung der Leibesfrucht ohne Tötung.

In beiden Fällen ist gleichmäßig der Nachweis eines Kausalzusammenhanges zwischen dem eingetretenen Erfolge und der auf ihn hinzielenden Handlung erforderlich.

b) Dieser Abtreibungserfolg kann auch schwere gesundheitliche Folgen für die Schwangere haben: heftige Blutungen, Verletzungen der Gebärmutter, nachfolgende Entzündungen des Bauchfelles und sonstige Unterleibsleiden [247]). Vor allem führt er häufig den Tod der Schwangeren herbei. Man höre nur Tardieu [248]): „Des 116 cas d'avortements criminels dans lesquels la terminaison a été exactement indiquée, 60 ont eu pour résultat une mort plus ou moins prompte.“ Eine Tatsache, die Brouardel [249]) dahin richtig erklärt, daß einmal die Abtreibung häufig mit unreinen Geräten [Stricknadeln u. s. w.] ausgeführt wird, daß weiter infolge der streng beobachteten lichtscheuen Heimlichkeit oft jede nötige ärztliche Fürsorge fehlt, und daß endlich die Schwangere genötigt ist, nicht krank zu erscheinen, und sich deshalb trotz aller Schmerzen zu ihrer gewöhnlichen täglichen Beschäftigung zwingt.

c) Derartige Folgen für die Schwangere werden aber im art. 317 c. p. nicht besonders berücksichtigt. Doch hat der

---

[247]) Näheres Kleinwächter im Archiv für Kriminal-Anthropologie, Bd. V S. 205 ff.

[248]) A. a. O. S. 62.

[249]) L'avortement, p. 184, 185.

Kassationshof in einem Urteile vom 3. September 1840[250]) erkannt, daß bei der Abtreibung seitens eines Dritten eine Verurteilung aus art. 309, § 4 c. p. wegen „coups portés ou blessures faites volontairement et ayant occasionné la mort, mais sans intention de la donner" erfolgen könne. Auch steht eine Freisprechung wegen Abtreibung nach einem Urteile des Kassationshofes vom 27. Juni 1856[251]) einer derartigen Verurteilung aus art. 309 c. p. nicht entgegen.

III.

Umschau und Vorschau.

A. Ein Rückblick auf den nach den obigen Ausführungen sich ergebenden Rechtszustand drängt zu der Frage, ob dieser auch ein zweckmäßiger und völlig befriedigender ist.

Nein! — so rufen hier in Frankreich bald laut, bald weniger vernehmlich die einen und schlagen neben der gesetzlichen Repressivmaßregel des art. 317 c. p. gesetzliche Präventivmaßregeln vor. Wie uns die Hygiene darüber belehre, daß Vorbeugungsmittel gegen Krankheiten ungleich wirksamer sind, als die vorhandenen Heilmethoden, so werde auch eine soziale Hygiene bezüglich der Abtreibung bedeutend bessere Erfolge haben, als eine Bestrafung nach Paragraphen. „Mieux vaut," erklärt Spirale[252]), „prévenir que punir; la loi pénale est impuissante, puisqu'elle ne peut atteindre le crime qu'à de très rares exceptions. On doit la maintenir dans nos codes, sans doute: mais elle ne peut y figurer que pour la forme."

B. Empfohlen werden in erster Linie — besonders von Spirale und Lemoine — zwei Präventivmaßregeln. Einmal:

---

[250]) Dalloz, 40, I, 986.

[251]) Dalloz, 56, I, 368. Ebenso ein Urteil des Kassationshofes vom 2. Juli 1863 (Dalloz, 63, I, 481).

[252]) Essai d'une étude sur l'avortement (1882), p. 3 ff. Ebenso Lemoine a. a. O. p. 56 ff.

„A la mère honteuse offrez la suprême ressource des tours.“ Und dann: „A la mère misérable, séduite et abandonnée, accordez le droit de rechercher par devant la justice le père de son enfant“ [253]).

1. Was zunächst die „tours“ — d. h. die Findelhäuser mit einer Drehlade, die gestattet, Kinder ungesehen abzugeben — anbetrifft [254]), so erweisen sie sich nicht als zur Verminderung des Abtreibungsverbrechens hinreichend geeignet. Und zwar aus einem doppelten Grunde:

a) Die zur Zeit des Bestehens von Findelhäusern in Frankreich [255]) gesammelten Erfahrungen haben nicht ergeben, daß durch die Findelhäuser die Abtreibungen vermindert worden sind. Sehr erklärlich. Der größte Prozentsatz der Abtreibenden will es ja aus Schamgefühl gar nicht zu einer fortgesetzten sichtbaren Schwangerschaft und zu einer Geburt kommen lassen. Kein Mensch soll merken, daß sie geschlechtlich bescholten sind. Ein weiterer Prozentsatz von Abtreibenden fürchtet ferner die ihre weibliche Schönheit beeinträchtigenden Wirkungen der Schwangerschaft, die Schmerzen der Geburt, die Un-

---

[253]) Vor einigen Jahren hat man — allerdings vergeblich — auch zwei diesbezügliche Gesetzesvorschläge dem Senat vorgelegt, vgl. Lemoine a. a. O. p. 57.

[254]) Bei uns hat diese z. B. Reich, Geschichte und Gefahren der Fruchtabtreibung, 4. Aufl. (1900), S. 81, mit den Worten empfohlen: „Dieselben verhüten, besonders unter den jetzt noch herrschenden Verhältnissen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens, ungemein viel Fruchtabtreibung.“

[255]) Findelhäuser hat es in Frankreich schon frühzeitig (1362) gegeben. Eine eingehende Organisation derselben ordnete allerdings erst Napoleon durch das Dekret vom 19. Januar 1811 an, nach dem jedes Arondissement ein Spital (hospice dépositaire) mit Drehlade erhalten sollte. Infolge hiervon stieg die Zahl der auf öffentliche Kosten unterhaltenen Kinder 1833 auf 129629 gegen 45000 im Jahre 1809. Im Jahre 1832 existierten im ganzen 251 Findelhäuser. Im Jahre 1852 bestanden nur noch 64, im Jahre 1862 nur noch 5, im Jahre 1878 nur noch ein einziges. Jetzt gibt es in Frankreich keine Findelhäuser mehr. Vgl. hierzu Montier a. a. O. p. 28.

annehmlichkeiten des Wochenbettes. Auch diesen wird durch Findelhäuser nicht geholfen. Und endlich wollen diejenigen, welche aus Not und Armut das keimende Leben in ihrem Schoße vernichten, meist ebenfalls nicht erst durch eine ausgedehnte Schwangerschaft tage- oder selbst wochenlang an Arbeit und Verdienst gehindert werden. So kommt es, daß die größte Zahl der Abtreibungen im dritten oder vierten Monate nach der Konzeption stattfindet [vgl. die Statistik Bd. XVII, S. 398]. Schon das zeigt hinlänglich, daß die Findelhäuser für die Verminderung der Abtreibung nur eine minimale Bedeutung haben.

b) Und diese minimale Bedeutung der Findelhäuser steht in keinem Verhältnisse zu den schädlichen Folgen derselben. Allein die vom bevölkerungspolitischen Standpunkte — der ja bei der Abtreibung der entscheidende ist — sich ergebenden unheilvollen Wirkungen der Findelhäuser heben deren geringe segensreiche Wirkungen bezüglich des avortement criminel vollständig auf. Man höre nur T. R. Malthus[256]: „Wenn man die ungeheure Sterblichkeit in diesen Findelhäusern ins Auge faßt, wenn man bedenkt, wie sehr dadurch die Ausschweifungen begünstigt werden und wie sehr die Fruchtbarkeit der Weiber durch Ausschweifungen verringert wird, so könnte man wahrlich behaupten, daß jemand, der die Absicht hätte, die Volksvermehrung zu hemmen und nicht gar so ängstlich wäre wegen der Mittel, keine wirksamere Maßregel vorschlagen könnte, als eine hinreichende Anzahl von Findelhäusern mit unbeschränkter Vollmacht zur Aufnahme“ [257]).

2. Ebenso hinfällig erweist sich der zweite Vorschlag: die

[256]) An essay on the principle of population, Deutsch von Hegewisch, t. I p. 243.

[257]) Reiches statistisches und sonstiges Material über die Schädlichkeit der Findelhäuser findet man bei A. v. Oettingen, Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Sozialethik, 3. Aufl., S. 335 ff. Ueber die erschreckend hohe Sterblichkeit in den einstmaligen französischen Findelhäusern vgl. Montier a. a. O. p. 28.

Einführung der recherche de la paternité, die bisher in Frankreich nach art. 340 des code civile unstatthaft ist. Man muß sich hier nur vergegenwärtigen, daß es sich einzig und allein darum handelt, daß der außereheliche Schwängerer auch wirklich als Vater anerkannt wird, da er die Unterhaltspflicht für das uneheliche Kind bereits jetzt zu tragen hat. Schon seit Jahrzehnten verurteilen ihn die Gerichte konstant nach dem berühmten art. 1382 des code civile: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute du quel il est arrivé, à le réparer", zum Ersatze der „dommages et intérêts"[258]). Damit ist dem art. 340 des code civile jedenfalls bezüglich der Abtreibung seine scharfe Spitze gebrochen. Denn ob der zum Schadenersatz verpflichtete Schwängerer nun wirklich die Bezeichnung als unehelicher Vater hat oder nicht, ist hier äußerst belanglos.

3. Zuzugeben ist allerdings, daß nach mancher Richtung hin im französischen Rechte zum Schutze der außerehelich Geschwängerten weiter gegangen werden könnte. So ist verschiedentlich vorgeschlagen worden[259]), bei der Verführung das durch Gesetz vom 13. Mai 1863 auf 13 Jahre festgesetzte Schutzalter wie bei uns auf 16 Jahre zu erhöhen. Ebenso wird wohl mit Recht die Einführung einer den Bestimmungen des neuen allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuches für Norwegen vom 22. Mai 1902 ähnlichen Vorschrift empfohlen[260]). Hier wird nämlich nach § 240 mit Gefängnis der Mann bestraft, „der sich böswillig der Pflicht entzieht, einer von ihm außerehelich geschwängerten Frauensperson die aus Anlaß der

---

[258]) So schon der Gerichtshof in Caen in einem Urteile vom 5. Juli 1875 (Sirey, 75, II, 231) und der in Nîmes in einem Urteile vom 29. Juni 1887 (Sirey, 87, II, 216). Vgl. auch Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. XXV S. 279 ff.

[259]) Bailleux, Les délits contre l'enfance p. 158; Montier a. a. O. p. 31.

[260]) So von Montier a. a. O. S. 31. Bei uns neuerdings von Raschke a. a. O. S. 26.

Schwangerschaft oder Niederkunft notwendige Hilfe zu leisten, wenn dies zur Folge hat, daß die Frauensperson in einen notleidenden oder hilflosen Zustand versetzt wird, indem sie ein gegen das Leben der Leibesfrucht oder des Kindes gerichtetes oder dasselbe einer Gefahr aussetzendes Verbrechen begeht", und nach § 241 der Mann, „der, obwohl er weiß, daß eine von ihm außerehelich geschwängerte Frauensperson ein gegen das Leben der Leibesfrucht oder des Kindes gerichtetes oder dasselbe einer Gefahr aussetzendes Verbrechen beabsichtigt, es unterläßt, Schritte zu unternehmen, durch die dem Verbrechen vorgebeugt werden könnte."

C. Auch die gesetzliche Repressivbestimmung des art. 317 c. p. wird scharf bekämpft. Wieder ist es hier Spirale, der die einschneidendste Aenderung verlangt. Nach Spirale's Ansicht soll die Abtreibung erst nach den ersten drei Monaten der Schwangerschaft bestraft werden. „Jusqu'à la fin du 3e mois de la conception", so führt er in seiner angezogenen Schrift aus, „le foetus ne peut être considéré comme un être distinct de la mère; il se confond avec elle et rien ne peut en faire supposer extérieurement l'existence. Ce n'est qu'une masse de sang que la mère peut, selon nous, conserver ou faire disparaître à son gré, sans qu'on ait le droit de l'accuser d'un crime" [261]).

Eine hinreichende Widerlegung dieser Ansicht, die ganz vergißt, daß es sich hier um „das werdende Geschlecht im Leib der Mutter" handelt, und daß der Fötus in jedem Stadium seiner Entwicklung schon eine latente Arbeitskraft bildet, die gehütet und entwickelt werden muß, um dem Ganzen, um der Gesellschaft später dienstbar gemacht zu werden, ergibt sich

[261]) Ganz genau so in Deutschland neuerdings v. Streitberg, Das Recht zur Beseitigung keimenden Lebens (1905), S. 26, 27. Seltsamerweise erklärt auch ein so bedeutender Gelehrter wie Groß: „Ich meine, daß die Zeit nicht ferne ist, in der man die Abtreibung der Leibesfrüchte nicht mehr bestrafen wird" (Archiv für Kriminal-Anthropologie Bd. XII S. 345).

bereits aus meinen früheren Ausführungen [Bd. XVII, S. 400 und 414 ff.]. Nur das sei noch an dieser Stelle bemerkt, daß es nicht allein vom bevölkerungspolitischen Standpunkt aus, nach dem bei der Abtreibung ja gar nicht ein Tötungsverbrechen vorliegt, also die Belebtheit überhaupt nicht in Frage kommen kann, das Verfehlteste wäre, auf die alte kanonische Unterscheidung zwischen foetus animatus und inanimatus zurückzugreifen. Auch vom ganz allgemeinen Standpunkte aus ist zu verlangen, daß der Gesetzgeber sich die Errungenschaften der Wissenschaft zu nutze macht. Gerade bei der Fruchtabtreibung muß die Rechtslehre sich von den Aerzten und Naturforschern Rat erholen. Und noch eins. Raschke[262]) hebt treffend hervor, daß eine derartige Gestattung der Abtreibung der Frau eine Machtfülle verleihen würde, der sie kulturell nicht gewachsen ist. „Niemand ist abhängiger,“ heißt es hier richtig, „als der, dem eine unbegrenzte Machtfülle gegeben ist; er wird von anderen mißbraucht, und die Folgen des Mißbrauchs durch andere fallen auf ihn besonders zurück. So lange die Frau im allgemeinen die möglichst sittliche und Erkenntnishöhe nicht erreicht hat, sind Schutzgesetze für den Embryo notwendig. Der Schutz für Leben und Gesundheit der Frau ist mittelbar oder unmittelbar in ihnen enthalten.“

D. Wie anders wirkt dem Vorschlage von Spirale gegenüber das — leider ohne Erfolg — am 17. Dezember 1891 der Chambre des Députés vorgelegte Projet de loi Trouillot[263]). Nach ihm soll der art. 317 c. p. folgendermaßen abgeändert werden:

„Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura provoqué habituellement l'avortement des femmes enceintes, soit qu'elles y aient consenti ou non, sera puni de la peine de la réclusion.

---

[262]) A. a. O. S. 24, 25.

[263]) Vollständig abgedruckt bei Floquet, Avortement et dépopulation (Paris 1892), p. 13—16.

Toute femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi, sera punie de la peine d'un mois à cinq ans d'emprisonnement.

La même peine sera prononcée contre l'auteur ou le complice qui aura, à titre accidentel, fourni à une femme enceinte les moyens de pratiquer sur elle-même ou de subir l'avortement.

Les médecins, chirurgiens, officiers de santé et sages-femmes, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu."

Auch dieser Gesetzesvorschlag ist in manchen Einzelheiten nicht ganz unanfechtbar. Als ein Fortschritt muß er aber jedenfalls bezeichnet werden. Er fordert vor allem das, wohin jede Reform bezüglich der Abtreibung zu zielen hat: eine bedeutende Herabsetzung der Strafe gegen die Schwangere. Solange noch uneheliche Geburt geschlechtlich bescholten macht, solange die Schwangere noch nicht hinreichend vor zu harter Arbeit und vor Not geschützt wird, ist eine Strafe gegen sie auf das notwendigste Minimum — wenn auch wohl nicht so niedrig, wie in dem Projet de loi Trouillot — herabzusetzen. Auch wird man bei der Ahndung des Abtreibungsverbrechens stets zu erwägen haben, daß es sich hier um ein abstraktes gesellschaftliches Delikt, um einen Verstoß gegen die Kulturordnung handelt [vgl. bereits Bd. XVII, S. 420], und daß mit einer medizinisch ungeschulten Volksauffassung zu rechnen ist.

Im übrigen dürfte die obige Darstellung des Abtreibungsverbrechens in Frankreich zur Genüge gezeigt haben, wieviel bei uns auf diesem Gebiete in Zukunft zu bessern und zu ändern ist.

IX.

Das buddhistische Recht der Khmers in Kambodscha.

Von

Josef Kohler.

Einleitung.

§ 1.

Das buddhistische Recht ist gegenüber dem brahmanisch-indischen hauptsächlich dadurch gekennzeichnet, daß die Gleichheit aller Menschen wenigstens im Prinzip durchgeführt wurde. Daher die Gleichstellung von Mann und Frau, dem entsprechend die kognatische Erbordnung, die Gütergemeinschaft unter Ehegatten, daher Umsturz des Kastenrechts. Dazu kommt eine starke Einwirkung der Moral im Recht, namentlich die Berücksichtigung der Beweggründe bei der Beurteilung der Schuldverhältnisse und der Grundsatz, daß die Schulden der Eltern unter allen Umständen auszulösen sind, damit die Eltern nicht im Jenseits zu leiden haben; im Familienrecht die außerordentliche Elastizität des Rechts je nach der mehr oder minder liebevollen Erfüllung der Familienpflichten. Dazu kommt endlich die starke Berücksichtigung des geistlichen Standes und eine übergroße Milde im Strafrecht.

Diese Züge, die bereits aus dem birmanischen Rechte [1]) und dem Rechte von Ceylon [2]) bekannt sind, kehren im Rechte der Khmers wieder, welche in Kambodscha vor Jahrhunderten

[1]) Zeitschr. VI S. 161 f. Zur Lehre von der Blutrache S. 13 f.

[2]) Rechtsvergleichende Studien S. 230 f. (Das Kandische Recht.)

mächtige Reiche gründeten und durch die Ruinen riesengroßer Bauten uns Kunde geben von ehemaliger Macht und Herrlichkeit. Das Recht dieses Volkes ist in einer sehr großen Reihe von Gesetzen aufgezeichnet, die allerdings in der jetzigen Fassung späteren Zeiten angehören, aber sicher großenteils die Gedanken früherer Tage wiederspiegeln.

Allerdings konnten die Gebote des buddhistischen Rechts lange nicht vollständig durchgeführt werden, ebensowenig als bei den Germanen die Gebote des Christentums; und so finden wir zwar kein Kastenwesen, aber eine außerordentliche Privilegierung der Mitglieder des königlichen Hauses. Das Sklavenwesen ist gemildert, aber nicht vollkommen verdrängt, die Stellung der Frau immer noch zurückgedrängt, die Todesstrafe in manchen Anwendungen geblieben, aber trotzdem lassen sich die großartigen Züge buddhistischer Kultur auch hier erkennen. Eine Reihe dieser Gesetze wurde schon im Jahre 1881 von Cordier, Bischof von Kambodscha, übersetzt. Neuerdings hat sich insbesondere Leclère mit den Rechtsverhältnissen der Khmers befaßt, teils in eigenen Darstellungen[3]), vor allem aber machte er sich verdient durch Uebersetzung der sämtlichen zur Hand befindlichen Gesetzeswerke, die sehr zahlreich sind, denn nicht weniger als 54 Gesetze finden sich in dem Werke „Le Code cambodgien", Paris 1898, t. I, II übersetzt (der erste Band wird einfach mit Seitenzahl, der zweite mit II p. erwähnt). Auf diese Grundlagen ist die nachfolgende Darstellung gebaut.

I. Personenrecht.

§ 2.

Das Kind ist mit 18 Jahren volljährig, kann Verträge abschließen und das Haus verlassen[4]). Vorher steht es unter

---

[3]) Recherches sur la législation Cambodgienne (Paris 1891), zit. mit Recherches, Recherches sur la législation criminelle des Cambodgiens (Paris 1894), zit. Législ. crim., und Recherches sur le droit public des Cambodgiens (Paris 1894), zit. Droit public.

[4]) Vgl. Leclère, Recherches p. 67.

elterlicher Gewalt, später in Ermangelung solcher unter der Gewalt der Brüder, Großeltern und Onkel. Die Frauen dagegen sind auch nach der Volljährigkeit unter Vormundschaft. Sind keine Verwandten mehr vorhanden, dann können sie einen Beamten als Vormund wählen [5]).

§ 3.

Die Frau ist nur teilweise geschäftsfähig, insbesondere fehlt ihr die Prozeßfähigkeit: sie kann nicht allein vor Gericht stehen. Am freiesten ist die geschiedene Frau und die Witwe, denn hier fehlt es an den nötigen Gewaltpersonen [6]).

So konnte der Buddhismus auch nicht die Herrschaft des Ehemanns über die Ehefrau vollkommen verdrängen: der Mann behielt das Recht, die Frau auszutauschen; allerdings soll sie nicht gezwungen werden, es zu dulden [7]); allein, wenn sie sich nicht fügt, hat sie dem Mann die Hochzeitsgeschenke zu ersetzen, p. 375.

§ 4.

Die Sklaverei ist verhältnismäßig mild. Was der Sklave im Haus verdient, gehört seinem Herrn völlig, sein Verdienst außer dem Hause aber muß man ihm zum Teil lassen, p. 388 [8]). Seine Erbschaft jedoch kommt an den Herrn, p. 388. Die Sklavenfamilie darf nicht durch Verkauf getrennt werden [9]).

Mit dieser Beschränkung ist der Sklave vermögens- und rechtsfähig; klagfähig ist er allerdings nur mit Zustimmung seines Herrn, p. 393. Persönlich dagegen genießt er völlig den Schutz des Rechts. So wird der Herr bestraft, der mit

---

[5]) Leclère, Recherches p. 71, 72.

[6]) Leclère, Recherches p. 70, 86, 87.

[7]) Leclère, Recherches p. 65.

[8]) Ursprünglich gehörte er ihm vollständig: der Herr konnte den Preis der Körbe verlangen, die der Sklave, während er die Büffelherde hütete, verfertigte, Leclère, Recherches p. 200 f.

[9]) Leclère, Législ. crim. p. 508.

der Ehefrau des Sklaven Umgang hat: er zahlt eine Buße und der Sklave wird frei. Die ehebrecherische Sklavenfrau aber wird nicht bestraft, da sie zu sehr in der Abhängigkeit des Herrn war; und will sie von ihrem Manne wegbleiben, so kann sie es, der Herr hat ihm dann ihren Preis zu vergüten, p. 248. Auch der Sklave, der mit der Ehefrau eines anderen Sklaven umgeht, erleidet eine Buße, p. 336. Wenn ferner der Herr oder jemand aus dem Hause des Herrn gegen eine Sklavin Gewalt braucht, so kann sie sich im Fall der Notzucht um die Hälfte des sonstigen Lösungspreises befreien, bei sonstiger Vergewaltigung um drei Viertel, p. 249; ja, wenn die Sklavin noch Jungfrau war, soll sie im Fall der Notzucht frei werden, p. 331. Auch sonst soll die Verletzung eines Sklaven zur Freilassung führen und die Tötung gar Todesstrafe nach sich ziehen, II p. 153. Im übrigen ist die Sklavin die mit dem Herrn Kinder zeugt, mit seinem Tode frei[10]), p. 346.

Ueber die Kinder der Sklaven bestehen eine Menge ins einzelne gehende Bestimmungen. Es gilt weder das vaterrechtliche noch das mutterrechtliche System, sondern eine Verbindung beider. Wenn daher Sklave und Sklavin verschiedener Herren einander heiraten, so werden die Kinder gleichheitlich verteilt. Wenn ein Sklave und eine Freie Kinder zeugen, so bekommt die Frau zwei Drittel von ihnen, p. 441, 442, II p. 543, 580.

Wenn der Herr oder ein Familiengenosse mit der Sklavin umgeht, dann ist das Kind frei, p. 316, ebenso wie die Sklavin mit dem Tode des Herrn frei wird[11]).

Geht aber eine Freie mit einem Sklaven um, was als Greuel betrachtet wird, so werden die Kinder Sklaven, II p. 498 (vgl. unten S. 348).

---

[10]) Vgl. hierzu und zum folgenden auch Leclère, Recherches p. 209 ff.

[11]) Ein im Orient überaus verbreiteter Satz; so insbesondere auch im Islam. Rechtsvergleichende Studien S. 15.

Die Stellung der Sklaven ist nicht die gleiche. Die Sklaven des Königs[12]) und die Sklaven der Kirche haben kein Loskaufsrecht, können auch nicht verkauft werden, und auch ihre Nachkommenschaft ist der ständigen Sklaverei verfallen; während die Sklaven der Privatleute jedenfalls verkäuflich sind: von ihnen aber gibt es wiederum solche, denen ein Loskaufsrecht zusteht, und solche, denen es verwehrt ist[13]).

Der Hauptentstehungsgrund der Sklaverei ist der Krieg, der die Gefangenen zu Königssklaven macht, sodann die Verbrechen, welche mit Versklavung bestraft werden und wobei vielfach die Strafe nicht auf den Täter beschränkt ist, sondern die ganze Familie umfaßt: dies wenigstens dann, wenn die Familie die Tat auch nur stillschweigend gefördert hat. Eigentümlich ist es auch, daß Mißgebildete und Zwillinge ohne weiteres Königssklaven werden, nach einer viel verbreiteten Anschauung, welche in solchen Fällen annimmt, daß die Person gezeichnet und von bösen Geistern erfüllt sei[14]). Doch soll diese letztere Sklaverei außer Uebung gekommen sein.

Sodann ist die Sklaverei häufig Schuldsklaverei; insbesondere wird der Bürge, wenn die Schuld verfällt, zum Sklaven, p. 463; außerdem kann der Hausvater Frau und Kinder verpfänden, p. 388 f., 401; doch erleidet dies insofern eine Ausnahme, als sie für Bürgschaften des Mannes nur haften, wenn sie zugestimmt haben[15]). Wenn aber der Pfandnehmer sie mißbraucht, namentlich mit der Frau in verbotener Weise umgeht, so verliert er Forderung und Pfandrecht, p. 401, 402, auch kann eine Geldstrafe eintreten, p. 331.

---

[12]) Ueber die pols (Königsklaven), die im königlichen Haushalt eine bedeutende Rolle spielen, vgl. auch Leclère, Droit publ. p. 96 f.

[13]) Vgl. Leclère, Recherches p. 465 f. Der Unterschied findet sich auch in Birma; die Kirchensklaven haben auch hier eine schwerere Stellung als die Privatsklaven und sind unauskäuflich, Shway Yoe, The Burman p. 424.

[14]) Vgl. Leclère, Recherches p. 166 f. So auch in Birma, vgl. Shway Yoe p. 427.

[15]) Leclère, Recherches p. 82.

Der Schuldsklave muß überhaupt mit besonderer Rücksicht behandelt werden, II p. 598.

Aus dem Loskaufsrecht hat sich die Freilassung entwickelt, indem der Herr des Sklaven öffentlich erklärte, die Freilassungssumme bekommen zu haben und Geld vorwies. Dies ist die bekannte Freilassung per denarium [16]). An ihre Stelle trat später die Freilassung vor Gericht unter Uebergabe eines Freiheitsbriefes [17]).

§ 5.

Fälle der Polyandrie [18]) scheinen nicht unerhört zu sein, doch wendet sich das Gesetz streng dagegen: der Umgang einer Frau mit zwei Brüdern wird mit Geißelung und Vermögenseinziehung bestraft, p. 326. Die Polygynie ist häufig.

Und zwar gibt es Haupt- und Nebenfrauen; die Gesetze erwähnen Frauen ersten, mittleren und untersten Ranges [19]), die prâpon thom, welche mit allen Förmlichkeiten geheiratet und von ihren Eltern gegen die üblichen Geschenke dem Bräutigam übergeben wird; dann die anûpîriyea oder prâpon kândal (Frau zweiten Ranges), sodann die prâpon chong (Frau dritten Ranges) oder teasa pîriyea, II p. 315. Die Heiratszeremonien, die bezüglich der ersten Frau beobachtet werden [20]), bestehen hauptsächlich in der Nahrungsverbindung, indem zuerst der Mann von einem Reiskloß und von einer Banane ißt und sie dann der Braut gibt, die sie weiter verzehrt, ferner in dem Umbinden des Handgelenks mit Schnüren, und zwar nicht bloß bei den Brautleuten, sondern auch bei den Verwandten, aber nicht so, daß die Leute zusammengebunden werden, sondern jedes einzeln, wodurch trotzdem die Zusammengehörig-

---

[16]) Leclère, Recherches p. 239.

[17]) Leclère, Recherches p. 238 f.

[18]) Die bei den Singhalesen in Uebung war, Rechtsvergleichende Studien S. 233.

[19]) Ebenso haben die Birmanen Frauen ersten und zweiten Ranges je nach der Eheform, Zeitschr. VI, S. 166.

[20]) Hierüber ausführlich Leclère, Recherches p. 101 ff.

keit dargelegt werden soll. Einer der Hauptgebräuche aber, wodurch gerade die Ehe ersten Ranges ausgezeichnet wird, besteht darin, daß, während die Brautleute von einer Schar im Kreise umgeben sind, die sie Umgebenden siebenmal eine brennende Kerze herumkreisen lassen. Offenbar ist dies eine siebenmalige Anrufung der Geister, ganz ähnlich wie das indische Saptapadi, dessen Anklänge sich noch in deutschen Bräuchen finden und sogar noch bis in die neueste Zeit im Schwarzwald und anderen Gegenden nachweisbar waren. Von den Geschenken, die der Bräutigam zu leisten hat, ist hauptsächlich das eine wichtig: eine bestimmte Summe (sampo), die ein Gegenwert ist für die Milch, welche die Braut als junges Kind gesogen hat. Bei den Ehefrauen zweiten Ranges werden mehr oder weniger Umstände gemacht, das Kreisen der Kerze scheint hier niemals vorzukommen. Die Frauen dritten Ranges können ohne jede Förmlichkeit geheiratet werden, dies insbesondere, wenn ein hilf- und mittelloses Mädchen geehlicht wird.

Die Stellung der drei Frauen zeigt sich im Leben, sie zeigt sich auch im Rechte. Die erste Frau hat die volle Herrschaft im Hause, und wenn die Familie ausgeht, wandelt sie an erster Stelle, während die anderen Frauen ihr die Geräte, wie z. B. die Betelbüchse, nachtragen müssen. Die zweite Frau, welche die erste verdrängen will, wird mit Auspeitschung und schimpflichem Umzug bestraft, p. 245. Auch soll der Ehemann ohne Zustimmung der ersten Frau keine zweite oder dritte nehmen; da aber die nachfolgenden Frauen der ersten dienen und ihr behilflich sein müssen, so kommt es nicht selten vor, daß die erste Frau die Nebenfrauen selbst auswählt.

Der förmlichen Ehe geht ein V e r l o b u n g s z u s t a n d als Vorehe voraus. Wird die Frau versprochen und nicht gegeben, dann ist ihr Lebenspreis zu zahlen; es müßte denn der Bräutigam durch sein Verschulden dazu Anlaß gegeben haben, p. 277. Auch dann, wenn die Braut mit einem anderen entläuft, haben die Eltern dem Bräutigam mindestens für das Doppelte seiner Geschenke zu haften, p. 281.

§ 6.

Die Exogamieregeln gehen weit, — hier ist noch der Einfluß des indischen Rechts [21]) zu erkennen. Nicht nur die Ehe mit Mutter und Tochter, sondern auch mit Tante und Nichte, sodann die Ehe unter Cousins, und überhaupt die Ehe unter Verwandten bis zum vierten Grad ist verboten. Die geschlechtliche Verbindung dieser Personen wird, je nach der Nähe ihrer Verwandtschaft, mit Vermögenseinziehung oder Geldstrafe geahndet, p. 290, 291, 292, 319 f., 325. Aber auch Verschwägerte dürfen einander nicht heiraten: so ist die Ehe mit der Frau des Bruders nicht gestattet u. s. w.; auch hier tritt sonst Geldstrafe oder Vermögenseinziehung, unter Umständen auch Prangerstrafe ein, p. 294, 305 f., 307 [22]). Auch der Umgang mit Personen künstlicher Verwandtschaft ist streng verpönt, so insbesondere mit dem Adoptivkind; aber auch der Umgang eines gewesenen Klostergeistlichen mit einer Person, die ihm den Unterhalt geboten: denn dadurch entsteht eine Art von Verwandtschaft, p. 291, 294, 308, ebenso der Umgang mit der Frau des Lehrers, da auch hier eine geistige Verwandtschaft eintritt, p. 295, 307 [23]), ebenso auch der Umgang unter Personen, die durch Blutsbrüderschaft miteinander verbunden sind, p. 324.

Der häufige Gedanke, daß es nicht gestattet ist, sich mit zwei Personen, die in naher Verwandtschaft stehen, zu verbinden, gilt auch hier. Man darf nicht zwei Schwestern heiraten, selbst nicht die eine nach dem Tode der anderen, bei Geldstrafe und Vermögenseinziehung, p. 290, 292; aber auch nicht sonstige Verwandte seiner Frau, p. 293.

Auch sonst gelten beschränkende Vorschriften. Nicht selten ist es im Leben der Völker, daß eine bestimmte Reihen-

---

[21]) Zeitschrift III S. 362 f.

[22]) Vgl. auch Leclère, Législ. criminelle p. 395 ff., 398 ff.

[23]) Namentlich ist der Weihende der geistliche Vater der Geweihten, Leclère, Législ. criminelle p. 401.

folge unter Geschwistern bei der Eheschließung besteht. Eine eigentümliche Durchführung dieses Gedankens ist es aber, daß, wenn zwei Brüder zwei Schwestern heiraten, nicht der ältere Bruder die jüngere Schwester nehmen darf; sonst tritt Geldstrafe ein, p. 290.

§ 7.

Die Anschauung des buddhistischen Rechts über die Verhältnisse zwischen den Ehegatten, welche nur als ein Leib gelten, führen zur Gütergemeinschaft, zwar nicht zur Gütergemeinschaft des ganzen Vermögens, aber doch der Errungenschaft und des während der Ehe erworbenen sonstigen Gutes, namentlich der den Ehegatten zugekommenen Erbschaften[24]. Zu den Errungenschaften gehören auch die Früchte des Sondergutes, auch die Kinder der Sondersklaven[25]. Hiernach gibt es zwischen den Ehegatten ein Gesamtvermögen, treap sambach, und ein Sondervermögen, treap doeum, p. 257, 259. Zwischen Gesamtgut und Sondergut kann eine Ersatzpflicht bestehen, wenn von dem einen Gut in das andere etwas eingeflossen ist, p. 259, 372. Auch kann durch Zusammenlegung während der Ehe das Sondergut zum Gesamtgut werden, p. 371 f. Wie das voreheliche Vermögen, so gehören auch die vorehelichen Forderungen zum Sondergut, auch wenn sie während der Ehe berichtigt werden, nur daß unter Umständen die Gemeinschaft daran einen Teil bekommt, wenn der Ehemann sich besonders bemüht hat, die Zahlung herbeizuschaffen, p. 330, II p. 593. Und wenn ein Sklave nach Lösung der Gemeinschaft geboren wird, so ist er zwar Gemeinschaftssklave, aber wenn die Gemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten gelöst wurde, soll der Ueberlebende gnaden-

[24]) Wie bei den Birmanen, Zeitschr. VI S. 170 f. und Shway Yoe, The Burman p. 60.

[25]) Dies führt allerdings zu einer unglückseligen Zerreißung der Sklavenfamilie, weshalb man es in neuerer Zeit geändert hat, Leclère, Recherches p. 233.

weise drei Viertel davon bekommen, p. 332. Endlich soll der Ueberlebende, wenn er Gegenstände der Gemeinschaft entzieht und sie verheimlicht, daran seinen Anteil verlieren, p. 371. Im übrigen ist das Verhältnis der Beteiligung regelrecht nicht zu halb zu halb, sondern zu zwei Drittel für den Mann und ein Drittel für die Frau, p. 253, 467. Unter Umständen allerdings wird, namentlich zur Strafe des Mannes oder wenn mehrere Frauen vorhanden sind oder die Frau sich besonders verdient gemacht hat, das Verhältnis auf ein halb und ein halb gestellt, p. 258, 334, 356, 365, 370, 372; ja, wenn man die Frau ohne Grund verstößt, so fällt ihr die Gemeinschaft ganz zu, während, wenn die Frau zur Scheidung Grund gab, sie möglicherweise ihr ganzes Recht am Gesamtgut verliert, p. 334; und auch bei Tod der Frau soll der Mann das ganze Gesamtgut haben, wenn keine Kinder vorhanden sind, p. 350.

Hat jemand mehrere Frauen, dann haben diese verschiedenartige Anteile an dem der Frau zukommenden Teil der Gütergemeinschaft, verschieden nach ihrem Range: das erste, zweite und dritte Weib nach dem Verhältnis von 4, 3, 2½ [26]). Dazu soll aber auch ihr Benehmen gegen den Mann, insbesondere während der letzten Krankheit in Betracht kommen, wodurch der Teil der einen sich steigern und der Teil der anderen sich mindern kann, p. 344 f. Die Kinder der verschiedenen Frauen bekommen ebenso einen verschiedenen Anteil an dem nach dem Tode des Vaters ihnen zukommenden Gesamtgutsteil, je nach dem Range ihrer Mutter, im Verhältnis zu 4, 3½ und 3 (oder 4, 3, 2 und ähnlich), wobei aber ebenfalls auf ihr Verdienst, namentlich in der letzten Krankheit des Vaters Rücksicht genommen wird; auch die Enkel bekommen einen Teil, aber weniger als die Kinder [27]), p. 347 f., 366, II p. 588, 589.

---

[26]) So auch im birmanischen Recht, Zeitschr. VI S. 180.

[27]) So auch bei den Birmanen, Zeitschr. VI S. 178, 393.

§ 8.

Ein beliebiges Ehescheidungsrecht hat der Mann nicht[28]); anderseits steht auch der Frau die Lösung der Ehe zu; dies kennzeichnet das buddhistische Recht, welches sich dadurch weit über die übrigen indogermanischen und über die semitischen Rechte erhebt; vielmehr hat jeder Teil seine Beschwerungen bei Gericht vorzubringen, worauf darüber entschieden wird. Derjenige, der zur Lösung Anlaß gibt, erleidet bedeutende Vermögensnachteile; insbesondere muß die Frau, die sich vom Manne trennt, die Hochzeitsgeschenke zurückgeben, p. 244; sodann büßt der schuldige Teil in der Art, daß ihm von dem Gesamtgute mehr oder minder abgestrichen wird. Auch wird, wer eine unbegründete Scheidungsklage erhebt, in demütigender Weise (mit einem Strick um den Hals) heimgeführt[29]).

Die Ehefrau hat ein Scheidungsrecht, wenn der Ehemann sie böswillig verläßt und eine bestimmte Zeit auswärts bleibt, dies insbesondere dann, wenn er sein Vermögen mit sich nimmt. Und zerstört er aus Zorn die eheliche Wohnung, dann kann die Frau sich sofort von ihm scheiden, ohne daß sie eine Frist abzuwarten braucht. Anders, wenn die Entfernung des Mannes keine böswillige war, insbesondere, wenn er ihr genügend zu leben gab und nur Mißhelligkeiten ihn zur zeitweiligen Trennung veranlaßten: hier liegt kein Scheidungsgrund vor, p. 250—253.

Bei Verschollenheit des Mannes kann die Frau nach Ablauf einiger Zeit wieder heiraten. Die regelmäßige Zeit ist 3 Jahre. Nur wenn die Verschollenheit unter Umständen eingetreten ist, welche ein längeres Ausbleiben des Mannes voraussehen lassen, z. B. wenn er in die Hände der Feinde fiel oder das Schiff, auf dem er war, verschlagen wurde, wird die Frist auf 7 Jahre erstreckt, p. 255 f.[30]). Doch soll die zurück-

[28]) Ueber das birmanische Recht, Zeitschr. VI S. 172, 389.

[29]) Leclère, Recherches p. 78.

[30]) Aehnlich bei den Birmanen, Zeitschr. VI S. 172.

gebliebene Frau die Verwandten des verschollenen Mannes benachrichtigen und möglichst ihre Genehmigung einholen, p. 333.

§ 9.

Eine geistige Verwandtschaft besteht mit dem Lehrer nach indischem wie nach buddhistischem Rechte, p. 295, 307 [31]); und wer jemanden in den geistlichen Orden aufnimmt, wird dessen geistlicher Vater, und unter ihren Familien erwächst ein Eheverbot, p. 295. Außerdem gilt die Blutsbrüderschaft: der Blutsbruder heißt klö, p. 308; zwischen den Blutsbrüdern und deren Verwandten besteht ein Eheverbot, ebenso wie unter leiblichen Verwandten, p. 324. Die Blutsbrüderschaft wird mit besonderen Bräuchen eingegangen (chamnang-day, d. h. Binden des Armes) [32]).

Eine verwandtschaftsähnliche Verbindung entsteht auch durch das Klientelverhältnis, durch das Verhältnis des comlang. Der gemeine Mann muß sich an einen Vornehmen anschließen, der ihm in allen Lagen des Lebens beistehen und ihm insbesondere den Behörden gegenüber den Schutz gewähren soll; auch wirtschaftlich sollen beide einander in ähnlicher Weise behilflich sein, wie der Vasall und der Lehnsherr, und in ähnlicher Weise ist der Klient auch zu Ehrendiensten verpflichtet [33]).

§ 10.

Verbreitet ist die Ankindung; sie kann durch Haarschur in der indischen Weise erfolgen, p. 291; eine gebräuchliche Form ist auch das Verkaufen oder Verschenken der Kinder. Die Hingabe ist umso fester, in je früherem Alter das Kind

---

[31]) Ueber das indische Recht vgl. Zeitschr. III S. 366 f., V S. 417; über das buddhistische Recht vergleiche das Buddhistenwerk Mahâvagga I, 25, 6 (Sacred Books XIII p. 154); der saddivihârika gilt als Sohn des upagghâya.

[32]) Leclère, Recherches p. 60; Legisl. criminelle p. 399 f.

[33]) Leclère, Recherches p. 18 f.; Droit publ. p. 121 ff.

in die neue Familie übernommen wurde, p. 349, wobei dann die Kosten der „Milch“ ersetzt werden müssen. Das früh angenommene Kind kann nur gegen vollen Lebenspreis wieder ausgekauft werden, p. 375, 376. Ist es erst nach dem 6. Jahr angekindet worden, dann kann es um zwei Drittel des Lebenspreises zurückgenommen werden, unter Umständen um die Hälfte, p. 375, 378. Wenn nach dem 7. Jahr, dann kann man das Kind ohne weiteres zurücknehmen, wenn es schlecht behandelt wird. Im übrigen behalten trotz der Ankindung die leiblichen Eltern die Zustimmung zur Eheschließung, p. 377, und auch die Erbfolgeordnung zeigt, daß die Ankindung eine unvollkommene ist[34]).

§ 11.

Die Familie ist kognatisch, daher beerben die Kinder, ganz der buddhistischen Anschauung gemäß, Vater und Mutter, und die Enkel beerben die Großeltern sowohl von väterlicher als auch von mütterlicher Seite[35]).

Die Adoptivkinder bekommen kein volles Kindesteil, sondern haben mit den Eltern und sonstigen Verwandten zu teilen zu zwei Fünftel und drei Fünftel, p. 352. Wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, dann kommen Eltern und Großeltern zur Erbfolge; die Großeltern aber müssen mit dem Staat teilen, zu drei Fünftel und zwei Fünftel, p. 353. Ueberhaupt bekommt der Staat, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, mindestens ein Zehntel, p. 364, und im Zusammenstoß mit Adoptivkindern sogar drei Fünftel, p. 352. In Ermangelung von Abkömmlingen und Ahnen kommen die Brüder zur Erbfolge und zwar in der Art, daß die vollbürtigen Brüder mehr bekommen als die vom Vater her halbbürtigen, und diese mehr als die von der Mutter her halbbürtigen, nach dem Verhältnis von drei zu zwei zu anderthalb, p. 353.

---

[34]) Wie bei den Birmanen, Zeitschr. VI S. 181 f. und bei den Singhalesen, Rechtsvergl. Studien S. 234.

[35]) Leclère, Recherches p. 271.

Die Stammeserbfolge ist, wie bei den Enkeln, nur teilweise durchgeführt. Wie die Enkel weniger bekommen als die Kinder, so bekommen die Nachkommen des Großonkels weniger als dieser, und zwar Großonkel, Kinder vom Großonkel und Enkel im Verhältnis von zwei, anderthalb und eins, und ebenso bekommen die Nachkommen der Cousins nur die Hälfte dieser, p. 356.

Ebenso sollen die Nachkommen der Neffen jeweils weniger bekommen als ihre Vorgänger, so der Sohn des Neffen ein halb weniger als der Neffe, der Enkel weniger u. s. w., II p. 480, 587.

In Ermangelung von Verwandten erbt der Ehegatte[36]. Das Vermögen des Mönchs fällt an das Kloster[37].

Ein sehr wichtiges Prinzip des Erbrechts ist, daß diejenigen, die aus der Hausgemeinschaft ausgeschieden sind, weniger erhalten als die, welche noch im Hausverbande stehen: sie erhalten nur ungefähr die Hälfte dieser, p. 355. Das Prinzip ist insbesondere bei Abkömmlingen durchgeführt, p. 351[38], II p. 482.

Dem Buddhismus entspricht der weitere Grundsatz, daß das Erbrecht in höchstem Maße mit der Tugend der Dankbarkeit zusammenhängt. Wer den Erblasser gut gepflegt und beerdigt hat, soll im Erbe bevorzugt werden. Dieser Gedanke wird öfters ausgesprochen, z. B. II p. 481, 483 f.[39]. Vgl. oben S. 313, 322.

Testamente sind selten, kommen aber vor, meist in der Art des Schulderlasses; doch waltet hier wohl mehr der Pietäts- als der Rechtsgedanke[40].

---

[36]) Leclère, Recherches p. 269.

[37]) Leclère, Recherches p. 361.

[38]) Doch scheint hier die Uebersetzung nicht ganz richtig zu sein.

[39]) So auch nach birmanischem Recht, Zeitschr. VI S. 395.

[40]) Leclère, Recherches p. 285 f.

II. Vermögensrecht.

§ 12.

Das wilde Land, etwa 80 vom Hundert des Ganzen, ist Volksgut. Jeder hat das Recht der Weide und des Holzfällens; gegen geringe Abgabe bekommt er Land als Ackergut und hat hiervon allerdings den Zehnten an den König zu entrichten. Er muß es kultivieren, verliert es sonst in 3 Jahren, II p. 617[41]).

Hiernach ist, wie in den meisten Ländern dieser Kulturstufe, das Land Volksland, und erst die Einzelkultur vereinzelt die Landstücke, aber nur auf so lange, als sie dauert. Etwas anderes ist es mit dem Königsland: dieses beruht auf besonderer königlicher Zuwendung und ist volles Privatland; es ist vererblich und veräußerlich, unterliegt aber dem Zug-(Retrakt)recht der Verwandten und Nachbarn[42]), welches Zugrecht auch dem birmanischen Rechte bekannt ist[43]).

Der Beamte bekommt sein Amtsgut, das mit dem Amte verbunden und unveräußerlich ist[44]).

Vom Volkslande gilt noch folgendes: Wer sich Baugrund aneignet, soll öffentlich die Grenze bezeichnen. Er soll so bauen, daß womöglich andere nicht eingeschlossen sind, sonst ist er entschädigungspflichtig[45]).

Niemand soll auf verfluchtem Lande bauen, wodurch die ganze Nachbarschaft gefährdet würde[46]): der Glaube an alle Arten böser Geister und ihren Einfluß im Leben hat sich trotz des Buddhismus in Kraft erhalten[47]).

---

[41]) Leclère, Recherches p. 260 f., 263, 265.

[42]) Leclère, Recherches p. 265 f.

[43]) Zeitschrift VI S. 206.

[44]) Leclère, Recherches p. 257 f.

[45]) Leclère, Recherches p. 382, 384.

[46]) Leclère, Législ. criminelle p. 522.

[47]) Ebenso wie in Birma, vgl. Shway Yoe, The Burman p. 230 f.

§ 13.

Die Verpfändung von beweglichen Sachen und von Grundstücken (auch von Fruchtbäumen) wird vielfach erwähnt. Das Pfand ist Besitzpfand und zwar vielfach Nutzpfand, in welchem Falle keine Zinsen bezahlt werden dürfen, sondern die Nutzungen statt der Zinsen gelten, II p. 412, 414 [48]). Wenn dagegen der Gläubiger Zinsen erhält, so hat er sich der Benutzung der Sache zu enthalten, II p. 414. Daher bekommt der Gläubiger auch die Kinder des Schuldsklaven nicht, wenn die Schuldzinsen bezahlt werden, II p. 494, und selbst auf die Arbeit des Sklaven hat er dann keinen Anspruch [49]).

Das Pfand kann auch Verfallpfand sein. Nach Ablauf einer bestimmten Reihe von Jahren, regelmäßig nach 3 Jahren, wird der Pfandgläubiger Eigentümer des Grundstücks. Ist jedoch der Verpfänder durch gesetzliche Not zurückgehalten, z. B. durch Gefängnis oder auch sonstige Abwesenheit, dann behält er das Einlösungsrecht bis auf 10 Jahre, II p. 410, 485. Der Verfall zeigt sich auch beim Pfandsklaven: nach 3 Jahren wird er wirklicher Sklave; doch wird der Satz gemildert: die Kinder sollen immer noch loskäuflich sein, II p. 590.

Die Ansprüche der Gläubiger unterliegen einer Verjährung, die früher 10, jetzt 20 Jahre beträgt, II p. 169; in manchen Fällen ist die Frist auf 1 Jahr verkürzt, II p. 164.

Der Zahlungsunfähige kann sich dem Gläubiger verkaufen oder ihm durch den Richter zugewiesen werden; der Richter kann ihn auch auf dem Markt verkaufen. Der Schuldner kann auch Frau und Kinder verpfänden [50]).

Ist jemand Schuldner mehrerer Gläubiger, so wird er Sklave des Richters, der seinen Preis bezahlt: er wird mindestens auf 6 Jahre versklavt, dann kann er sich loskaufen, p. 464. Kann

---

[48]) Leclère, Recherches p. 280.

[49]) Leclère, Législ. criminelle p. 505.

[50]) Leclère, Recherches p. 185 f.

der Entführer der Frau nicht die Strafe zahlen, so kann ihn der Mann auslösen und zu seinem Sklaven machen; jedoch mit dem Tod des Mannes soll er frei werden, p. 243.

Den Nachlaß können die Gläubiger nur insoweit in Anspruch nehmen, als er nicht zum Unterhalt der Kinder erforderlich ist. Regelmäßig gestaltet sich die Sache so, daß die Kinder die Hälfte frei bekommen und die andere Hälfte den Gläubigern preiszugeben haben, p. 468, oder auch nur ein Drittel [51]). Entsprechend wird auch von den zwei Dritteln Gütergemeinschaft, die dem Mann zukommen, den Gläubigern ein Drittel zugewiesen, p. 467. Doch gilt es als eine heilige Pflicht des Sohnes, die Schulden des Vaters (wenigstens in ihrem Hauptgeldbetrag) zu zahlen, um ihm die Ruhe im Jenseits zu verschaffen [52]).

§ 14.

Die Haftung für Fahrlässigkeit ist eine recht fortgeschrittene. Sehr wichtig ist, daß der Grad der Fahrlässigkeit nicht nur strafrechtlich, sondern auch zivilrechtlich in Betracht kommt, ganz ähnlich wie im indischen Recht. So haftet zwar jemand, der ein Pferd fahrlässig tötet, im allgemeinen für Wert und Strafe, aber im Falle einer geringen Schuld nur für zwei Drittel, und hat das Pferd in seinem Reisfelde gefressen, nur für ein Drittel, p. 452, 453. Auch die Beweggründe kommen in Betracht; so wenn jemand einen Sklaven aus Mitleid von der Kette befreit und dieser entflieht: hier haftet der Täter nur für den einfachen Preis, p. 425; hat aber jemand einen Sklaven mißhandelt, so daß er stirbt, so haftet er nicht nur für den Sklavenpreis, sondern noch für die Hälfte darüber [53]).

§ 15.

Das Schenkungsversprechen ist nach den Grundsätzen des buddhistischen Rechts erzwingbar, p. 379. Schen-

---

[51]) Leclère, Recherches p. 271.

[52]) So auch bei den Singhalesen, Rechtsvergl. Studien S. 243.

[53]) Leclère, Législ. criminelle p. 503.

kungen können nicht widerrufen, doch können die geschenkten Sachen ausgekauft werden, p. 378. Gestohlenes Gut kann auch dem gutgläubigen Beschenkten gegenüber zurückverlangt werden; nur wenn es der Kirche geschenkt ist, ist jede Rückforderung ausgeschlossen, p. 379, 380.

Der Grundstückskauf soll vor Zeugen oder urkundlich geschehen[54]). Bewegliche Sachen soll man nur öffentlich und vor Zeugen kaufen; nicht nur fehlt sonst die Gewährschaft, wenn die Sache eine gestohlene ist, nicht nur läuft man sonst die Gefahr der Diebstahlstrafe, sondern ein solches Tun wird, wenn sich die Sache als gestohlen erweist, an sich schon als selbständiges Vergehen gestraft[55]).

Der Pachtvertrag gegen Geld oder Früchte, auch die Teilpacht ist bekannt, wobei aber der Eigentümer dahin trachten muß, daß sein Eigentum innerhalb 3 Jahren festgestellt wird, damit er nicht sein Recht verliert[56]).

Vom Werkvertrag ist mehrfach die Rede, insbesondere vom Unternehmer, der ein Schiff baut, oder vom Taucher, der einen versunkenen Gegenstand wieder holen soll. Hierbei wird aber der Gedanke der Werkleistung nicht mit Folgerichtigkeit durchgeführt; denn regelmäßig bekommt der Unternehmer auch dann Bezahlung, wenn das Werk mißlungen ist, sofern ihn nur keine Schuld trifft, II p. 436, 437 f.

Das Darlehen muß stets schriftlich sein, sonst entbehrt es der Klagbarkeit, p. 459. Das Zinsennehmen ist bei Geldschulden auf 37 1/2 Proz., beim Nichtgeld (Getreide) darlehen 50 Proz. beschränkt, p. 469[57]), jedenfalls sollen die Zinsen nicht über den Betrag des Kapitals hinauswachsen, p. 459, 468. Wer sich zu viel Zinsen zusichern läßt, bekommt zur Strafe gar keine, p. 469.

---

[54]) Leclère, Recherches p. 275.

[55]) Leclère, Législ. criminelle p. 525.

[56]) Leclère, Recherches p. 278.

[57]) Leclère, Législ. criminelle p. 530 f.

Auch hier kommt die sittliche Seite des Rechts ganz besonders in Betracht. Ein Darlehen unter Ehegatten ist nicht klagbar, p. 460 (auch gegenüber der Beihälterin nur unter Umständen, p. 473); ebenso nicht ein Darlehen unter Eltern und Kindern, solange sie zusammenleben; sind sie getrennt, so können zwar die Eltern das ganze Darlehen zurückverlangen, die Kinder aber nur die Hälfte; Zinsennehmen unter diesen Personen ist unstatthaft. Geschwister können unter sich ein klagbares Darlehen abschließen, aber keine Zinsen eintreiben, p. 461. Ebenso Frauen des gleichen Mannes (höchstens ein Drittel der Zinsen) p. 465. Cousins können unter sich ein Darlehen eingehen mit einem Drittel der gewöhnlichen Zinsen, p. 462, Cousinkinder mit zwei Drittel solcher Zinsen. Gute Freunde werden je nach Umständen den Cousins oder ihren Kindern gleichgestellt, p. 460—462. Ebenso kann zwar eine Frau ohne Zustimmung des Mannes Geld entleihen; wer ihr aber auf diese Weise Geld gibt, handelt doch mit einem gewissen Unrecht und bekommt bloß das Hauptgeld und keine Zinsen, p. 464. Die Erben des Entleihers haften, wenn die Erbschaft gering ist, nicht für Zinsen, p. 467 [58]).

Zinseszinsenberechnung ist nicht unbedingt ausgeschlossen. Jedoch soll in diesem Falle, der Menschlichkeit halber, der Zinsbetrag zuerst auf die Hälfte herabgesetzt werden, II p. 494. Das Alterum tantum soll, wie bemerkt, regelmäßig nicht überschritten werden, oder wenn es überschritten wird, nur unter mehrfacher Herabsetzung der Zinsberechnung, II p. 607 f.

Der Entleiher einer Sache haftet für Verschulden, ebenso der Mieter, insbesondere, wenn er den geliehenen oder gemieteten Sklaven für andere Zwecke gebraucht, als bestimmt ist, p. 400, 416 [59]). Dagegen haftet er nicht, wenn ohne sein Verschulden der Sklave entfloh, p. 426. Ist dagegen ein Elefant zur Jagd gegen wilde Tiere entliehen, dann haftet der

[58]) Leclère, Législ. criminelle p. 530, 532, 534.

[59]) Leclère, Recherches p. 207 und Législ. criminelle p. 501.

Entleiher, p. 436, 438: offenbar wird wegen der großen Gefahr für das Tier der Vertrag so verstanden, daß der Entleiher den künftigen Schaden übernimmt. Besondere Bestimmungen machen den Entleiher oder Mieter eines Schiffes für seine Fahrlässigkeit verantwortlich, II p. 431; er soll aber auch für den Schaden durch Sturm oder Seeräuber (wenn auch in minderem Maße) einstehen, II p. 378, 432.

Für das gegebene Pfand haftet der Gläubiger in bekannter universeller Weise: er haftet für den Untergang, auch ohne sein Verschulden, II p. 413, 416. Doch ist ihm die Entschuldigung gestattet, wenn er besondere Zufälle, wie Feuers- und Wassersnot, dartun kann, p. 475, II p. 414, 415.

Wie im indischen Rechte wird auch hier das Spiel vielfach erwähnt, und wie nach manchem indischen Gesetze ist die Spielschuld klagbar, wenn der Spielhalter eine öffentliche Konzession zum Spiel hatte [60]). Nur muß der Spielverlust in entsprechend kurzer Zeit eingeklagt werden, denn die Sache drängt nach rascher Erledigung; auch muß jeweils der Verlierende einen Schein ausstellen, worin der Verlust genau angegeben ist, II p. 472, 465 f.

Es besteht zwar keine allgemeine Menschenhilfepflicht, aber eine Pflicht der Menschenhilfe unter Nachbarn, namentlich bei Brand, bei Einbruch von Räubern [61]) und bei Körperverletzung, II p. 453; dafür soll aber auch, wer mitgeholfen hat, den Brand zu löschen, einen Teil des Geretteten erhalten, II p. 576. Ebenso soll der Eigentümer des Hauses den Flüchtling, der sich hier vor dem Mörder zu bergen sucht, beschirmen, II p. 452.

Die Menschenhilfe, die darin besteht, daß jemand ein gefundenes oder zugelaufenes Tier festhält und dem Eigentümer bringt, belohnt den Helfer: bei Pferden bekommt der

---

[60]) Die Spielbank wird verpachtet, vgl. darüber Leclère, Droit public p. 317 f.

[61]) Leclère, Législ. criminelle p. 519.

Berger ein Drittel des Wertes, p. 448, und ebenso muß der entlaufene Elefant von dem, der ihn fängt, um ein bestimmtes losgekauft werden, p. 434, 441. Aehnlich bekommt, wer einen Sklaven fängt und dem Herrn bringt, eine Loskaufsumme, die nach der Größe seiner Bemühung verschieden ist, p. 387, 423.

§ 16.

Die Haftung für den Tierschaden ist keine unbedingte. Wenn Pferde frei herumlaufen und einander beschädigen, besteht keine Haftung, p. 450; vgl. auch II p. 367. Anders, wenn jemand ein Pferd angebunden und verwahrt hat: in diesem Falle haftet der Eigentümer eines anderen Pferdes, das jenes verletzt, bis zu zwei Dritteln des Wertes, unter Umständen für das Ganze, p. 451 f. Wer ein Pferd an der Straße anbindet, haftet, wenn es jemanden verletzt, p. 452, und ebenso haftet der Reiter für den Schaden, den sein Pferd stiftet, nach bestimmten Schadenssätzen, p. 449. Wenn Hunde Pferde töten, so ist der Eigentümer der Hunde verantwortlich, p. 455. Der Eigentümer eines Elefanten hat, wenn dieser die Reisfelder verwüstet, sogar strafrechtlich zu büßen, p. 430, 432; besonders streng ist die Haftung des Eigentümers eines Elefanten in Brunst, p. 437. Ebenso hat der Eigentümer eines Büffels für den Schaden aufzukommen, II p. 357 f.

Dem verletzten Feldbesitzer steht insbesondere ein Pfändungs- und Zurückbehaltungsrecht zu, II p. 357 f. (wo auch weitere Sonderbestimmungen) und II p. 387. Wer aber auf solche Weise ein Tier anhält, soll davon die Obrigkeit benachrichtigen, II p. 387.

Eine Strafe (das Vierfache) tritt ein, wenn ein Büffel, wegen dessen Wildheit der Eigentümer gewarnt worden ist, Beschädigungen anrichtet, II p. 379; aber auch sonst findet sich die Strafe des Vierfachen für Verletzungen durch Tiere, II p. 388; weiteres II p. 389 f., 425 f.

Anderseits kommt die Fahrlässigkeit des Eigentümers, der seine Eigensachen nicht vor dem Tier behütet hat, mit in Betracht, II p. 424.

III. Strafrecht.

§ 17.

Das Strafrecht setzt sich aus drei Elementen zusammen, einmal dem uralten, aus der Blutrache hervorgehenden Wergeld- und Talionsystem, sodann aus den leicht erkennbaren Zügen des buddhistischen Rechts, welches auf innere Läuterung und Reinigung ausgeht, auf eine Sühnung, die teils in der Besserung, teils in der religiösen Entsündigung besteht; so daß von dem weltlichen Strafrecht nur so viel übrig bleibt, als im äußersten Fall notwendig ist, und daher meist nur Geldstrafe, Prügelstrafe oder Einsperrung, höchstens noch Versklavung angedroht wird. Zu diesen zwei Elementen tritt sodann das Recht des orientalischen Despoten hinzu, der mit furchtbarer Grausamkeit alle Bestrebungen, die gegen seinen Machtkreis gerichtet sind, unterdrückt und seinen Willen gegenüber den Beamten mit der größten Härte und Rücksichtslosigkeit durchführt.

So ist das Strafrecht, ganz ähnlich wie das mittelalterliche Strafrecht des Abendlandes, aus verschiedenen Bestandteilen gemischt und entbehrt daher des einheitlichen Grundgedankens. Der Buddhismus hat es nicht vermocht, gegenüber den barbarischen Elementen des Despotismus aufzukommen, auch die alten Rachegedanken glommen weiter, und so kam eine Verschmelzung nicht zu stande. Wir finden Milde und Barbarei nebeneinander.

§ 18.

Noch ist das Wergeldsystem ersichtlich: das Wergeld des Mannes (Freien wie Sklaven) beträgt 30 domlong, das der Frau 25. Ebenso besteht noch der Grundsatz, daß bei zufälliger Tötung ein Drittel des Wergeldes, bei fahrlässiger die Hälfte, II p. 455, und wenn der Tote auf dem Gelände gefunden und der

Mörder nicht entdeckt wird, die Hälfte zu zahlen ist; auch der Aufseher eines Unzurechnungsfähigen kann für die Tötung bis zu einem halb des Wergeldes haftbar werden [62]). Wer einen Wahnsinnigen tötet, hat den Angehörigen das Wergeld zu zahlen, II p. 455. Ebenso büßt, wer den Verführer der Tochter erschlägt, mit dem Wergeld, wovon zwei Drittel an die Verwandten des Erschlagenen, ein Drittel an milde Stiftungen fallen, II p. 510, 595. Und Menschenraub (Verkauf eines anderen als Sklaven ins Ausland) wird mit anderthalb-, zwei- oder dreifachem Wergeld bestraft [63]). Beleidigung wird mit ein halb, ein Viertel, ein Achtel des Wergeldes gesühnt, II p. 460. Das Wergeld eines Mandarins ist gesteigert [64]). Im übrigen sind die Spuren der Blutrache getilgt; denn sie widerspricht dem buddhistischen Wesen durchaus [65]): sie wird streng, selbst mit Fingerabhauen und Tod bestraft, II p. 308.

Der Talionsgedanke gilt auch beim Strafbürgen, der für den Schuldigen einzustehen hat, II p. 313 (weshalb niemand ohne Zustimmung seiner Familie Bürge sein soll, II p. 58) und für den Wächter, der den Schuldigen entlaufen läßt [66]), überhaupt für den Beförderer der Flucht, II p. 97, 98; ebenso für den falschen Ankläger, II p. 140, 141, 149, 179, 298, 597, 601, 603 [67]). Der Bürge entgeht der Strafe, wenn er den Angeklagten stellt [68]). Im übrigen wird die Talionsstrafe mitunter gemildert; so beim Fluchtbeförderer auf ein halb, wenn seine Tätigkeit eine weniger durchgreifende war, II p. 99, so beim Strafbürgen, II p. 313.

Auch die Sinnbildstrafe ist in hohem Maße entwickelt: man versinnbildlicht das Vergehen in der Strafe, namentlich

---

[62]) Leclère, Législ. criminelle p. 300. Vgl. auch II p. 454.

[63]) Leclère, Législ. criminelle p. 407.

[64]) Leclère, Législ. criminelle p. 245—249.

[65]) Zur Lehre von der Blutrache S. 13.

[66]) Leclère, Législ. criminelle p. 36 f., 41 f., 175 f.

[67]) Ib. p. 10.

[68]) Ib. p. 39 f.

in der Art, daß man dem Täter eine der Tat entsprechende beschimpfende Behandlung angedeihen läßt. Ein besonders auffallendes Beispiel ist bei der Sodomie: der Verbrecher wird angespannt wie ein Tier, bekommt Futter vorgestellt und hat schmutziges Wasser zu trinken[69]). So finden wir auch bei der Brandstiftung, daß man den Brenner in die Flammen wirft oder dort festbindet (doch ist dies abkäuflich) — offenbar handelt es sich hier ursprünglich um eine Lynchstrafe, II p. 575 f. Außerdem soll mit Feuertod büßen, wer einen Tempel, einen heiligen Baum oder ein sonstiges Heiligtum anzündet, II p. 576 [70]).

§ 19.

Aus dem Königsrechte stammt die schwere Behandlung der Hochverräter; sie ist eine Folge der barbarischen Gelüste des Orients, welche der Buddhismus ebensowenig verdrängen konnte, wie das Christentum ähnliche Barbareien des Mittelalters[71]). Auf hochverräterische Handlungen irgend welcher Art stehen die schrecklichsten Todesstrafen und zwar werden 21 Arten der langsamen qualvollen Hinrichtung erwähnt. Die Aufzählung dieser Arten, II p. 292 f. gehört zu dem Entsetzlichsten, was die Phantasie überhaupt ersinnen kann. Man wundert sich über den Scharfsinn, mit welchem immer neue Grausamkeiten ausgesucht werden; so daß man zunächst dem Uebeltäter schwere Wunden versetzt und den auf solche Weise mißhandelten Leib auf einen glühenden Rost legt, daß man den Kopf skalpiert, daß man dem Unglücklichen Oel in den Mund gießt und dieses anzündet, den Mund nach beiden

---

[69]) Leclère, Législ. criminelle p. 207.

[70]) Eine eigenartige Sinnbildstrafe ist folgende: wenn sich jemand auf ein Pferd setzt, auf dem der König denselben Tag gesessen ist, so wird ihm das Sitzorgan verbrannt, II, p. 49.

[71]) So auch in anderen buddhistischen Ländern; auch auf Ceylon belegten die Könige Mord und Hochverrat mit Todesstrafe, ja mit peinvoller Todesstrafe; Rechtsvergleichende Studien S. 244.

Seiten zerspaltet bis zu den Ohren, die Finger mit Oel tränkt und dann anzündet, ihn vom Hals bis zu den Lenden schindet, ihm einen eisernen Dreizack durch den Körper treibt und ihn dabei verbrennt u. s. w.[72]).

Dazu kommt das chinesische System, daß auch die Familie mit bestraft wird, entweder das Geschlecht bis in die ferneren Glieder, oder wenigstens Frau und Kinder, und zwar alle mit Todesstrafe oder auch so, daß der Täter getötet und die Familie entehrt wird, II p. 237[73]).

Da man auf diese Weise den Landesverrat behandelt, II p. 240, 247, 271 f. und auch die Majestätsverletzer mit dem Tode bestraft, so ist es kein Zweifel, daß dieses ganze Strafwesen die einseitige Erfindung bodenlos grausamer Tyrannei ist, der gegenüber die religiöse Einwirkung machtlos war.

Dem Königsrecht entstammen auch die verstümmelnden Strafen: so das Abhauen beider Hände beim Falschmünzer, II p. 328[74]), so das Mundspalten, das Abhauen von Ohren und Fingern, das Ausreißen von Zähnen[75]), das Lippenabhauen, z. B. wenn der Sklave den Herrn falsch verklagt[76]); so die Brandmarkung auf Stirne, Backe, Brust, Hand, II p. 188[77]).

Dazu kommen noch einige quälende Strafen, wie z. B. das Schießen mit 50 kleinen Pfeilen, das Bewerfen mit brennenden Stoffen, das Ansengen der Haut nach Bestreichung mit Harz u. a.[78]).

§ 20.

Dagegen entspricht dem buddhistischen Rechte das Einsperren, ebenso auch die körperliche Züchtigung

---

[72]) Vgl. darüber auch Leclère, Législ. criminelle p. 162 ff., 308 f.

[73]) Leclère, Législ. criminelle p. 159 f., 308.

[74]) Leclère, Législ. criminelle p. 167, 326 f.

[75]) Leclère, Législ. criminelle p. 166 f.

[76]) Leclère, Législ. criminelle p. 169.

[77]) Leclère, Législ. criminelle p. 201.

[78]) Leclère, Législ. criminelle p. 217, 218.

und die persönliche Demütigung. Die Einsperrung ist eine strenge: die Eingesperrten müssen von Almosen leben und werden deswegen auf den Markt geführt [79]).

Eine verschärfte Form der Freiheitsstrafe ist die Kettenstrafe und die Strafe des Käfigs, so bei Amtsanmaßung [80]); im übrigen findet sich lebenslängliches Gefängnis, Gefängnis von 10, 5, 3, 2 Jahren.

Pranger und Halsblock treffen wir in den verschiedensten Arten und in verschiedenen Abstufungen, II p. 382; es werden namentlich drei Grade erwähnt [81]).

Dazu die Degradation und die verschiedensten Arten der Entehrung [82]). Die Ausstellung geschieht an drei Tagen oft so, daß man dem Ausgestellten den Gegenstand der Tat zur Seite legt; oder man setzt ihn in einen Pfahl hinein, der ihm in das Rektum eingreift [83]). Doch ist die Ausstellung abkäuflich. Eine andere Art der Demütigung, die sich auch in sonstigen Rechten findet, ist das Dachabdecken [84]). Am mildesten ist der Verweis [85]).

Ebenso ist mit dem Buddhismus, der die Sklaverei (in der milden Form) nicht verdrängte, die Versklavung als Strafe verträglich: die einfache Versklavung wie die Versklavung zum Königs- oder Klostersklaven.

Klostersklave wird jemand durch Tempelschändung oder durch Tötung eines Mönchs: ein solcher Sklave ist unveräußerlich und unabkäuflich; das Kloster kann ihn nicht freilassen [86]). Doch tritt an Stelle dessen auch körperliche Züchtigung, Vermögenseinziehung und Pranger, p. 304, 311.

Dem buddhistischen Recht entspricht es ferner, daß der

---

[79]) Leclère, Législ. criminelle p. 171 f.

[80]) Leclère, Législ. criminelle p. 172.

[81]) Leclère, Législ. criminelle p. 220.

[82]) Leclère, Législ. criminelle p. 224.

[83]) Leclère, Législ. criminelle p. 205, 206.

[84]) Leclère, Législ. criminelle p. 257.

[85]) Leclère, Législ. criminelle p. 262.

[86]) Leclère, Recherches p. 241, 243. Vgl. oben S. 310 .

Schuldige in sich gehen, seine Schuld bekennen und um Verzeihung bitten soll. So wird insbesondere vom schimpflichen Umzug vielfach bemerkt, daß die Schuldigen ihre Tat öffentlich kundzugeben haben, und eine Ehefrau, die mit einem anderen Ehemann geschlechtlich umgeht, soll dessen Frau um Verzeihung bitten, p. 335 [87]). Daher auch Abbitte, wenn ein Laie einen Bonzen beleidigt hat [88]). Eigentümlich ist es, daß man mitunter auch die verstorbenen Ahnen des Verletzten um Verzeihung bitten muß [89]).

Dem Buddhismus entsprechen auch die Entsühnungsgebräuche. Hat jemand etwas getan, was die bösen Geister auf das Haus des anderen locken könnte, hat er z. B. einen Leichnam in das Haus geworfen, so ist er schuldig, entsühnende Handlungen vorzunehmen [90]). Auch dann, wenn man die Tochter verführt hat, muß der Unwille der Geister beschwichtigt werden, II p. 493, 599.

Dem Buddhismus entspricht auch die Sicherheitsbürgschaft. Der Verurteilte muß einen Bürgen stellen, der für die künftige Lebensführung des Verurteilten einsteht und sobald er sich etwas zu Schulden kommen läßt, ihn vor Gericht zu bringen hat. Bekommt der Täter keinen Bürgen, dann muß er einen Schein unterschreiben, daß er bei Vermeidung einer bestimmten Strafe sich jeder weiteren Zuwiderhandlung enthalten werde. Wir finden also hier, wie in anderen morgenländischen Rechten, bereits die höchst neuzeitliche Vorstellung der Gewähr für Wohlverhalten [91]).

Endlich entspricht dem Buddhismus die strenge Durchführung des Schuldgedankens; das Kind unter 7 und der Greis über 70 Jahre ist straflos [92]), II p. 454.

---

[87]) Leclère, Législ. criminelle p. 413.
[88]) Leclère, Législ. criminelle p. 256.
[89]) Leclère, Législ. criminelle p. 257.
[90]) Leclère, Législ. criminelle p. 260 f.
[91]) Leclère, Législ. criminelle p. 39 f., 133 f.
[92]) Leclère, Législ. criminelle p. 299.

Für Fahrlässigkeit tritt geringere Strafe ein, II p. 455 (Hälfte des Wergeldes), II p. 333 (vgl. mit p. 331: Brandstiftung).

§ 21.

Eine höchst durchdachte theoretische Gestaltung des Strafrechts findet sich nach der Richtung, daß sämtliche bei der Vergehung Mitwirkende bestimmt gekennzeichnet werden: 1. als solche, die sich bei der Vergehung selber beteiligt haben, achorn, also Täter, Anstifter und Gehilfen, diese stehen sich grundsätzlich gleich, vgl. II p. 319, 594[93]) — und 2. als solche, welche nachträglich in irgend einer Weise als Begünstiger oder Hehler die Weiterentwicklung des Vergehenserfolgs befördert haben, sam chor. Der Begriff dieser Begünstigung geht sehr weit. So werden alle diejenigen bestraft, welche mit dem Täter leben und wissentlich an den Früchten seines Verbrechens teilnehmen, II p. 317, namentlich die Hausgenossen; aber auch, wer aus Leichtsinn eine fremde Sache kauft, wird hierher gerechnet, auch wer sich nicht gehörige Mühe gibt, den Täter zu fassen[94]). Aber auch innerhalb der Klassen der achor und sam chor werden Unterschiede gemacht je nach dem Grade der Beteiligung, so daß beispielsweise eine Geldstrafe vom Dieb, seinen Gehilfen und den Hehlern verschiedenen Ranges im Verhältnis von 10, 8, 7, 5, 4, 3 zu tragen ist, II p. 610; so büßt unter Umständen der Anstifter nur mit der Hälfte, II p. 453. Auch die Nichtanzeige wird geahndet[95]).

Noch wird der anu sam chor erwähnt: dies ist vornehmlich, wer gutgläubig eine gestohlene Sache kauft: ein solcher wird nicht gestraft, aber er muß die Sache an den Eigentümer herausgeben[96]). Vgl. S. 330, 351.

---

[93]) Leclère, Législ. criminelle p. 275, 467 f.

[94]) Leclère, Législ. criminelle p. 282, 285, 287.

[95]) Leclère, Législ. criminelle p. 290, 295.

[96]) Leclère, Législ. criminelle p. 298.

Die nachträglich Beteiligten werden um eine Stufe geringer bestraft. Auch im übrigen findet sich eine bedeutende wissenschaftliche Entwicklung, denn es gibt bereits eine durchgreifende Einteilung der einzelnen Delikte. Man unterscheidet okroet tus (Hochverrat und Tempelschändung), mohanta tus, kuru tus und moch chommo tus, worunter verschiedene Arten von Entwendungen verstanden sind: der Diebstahl ist auch hier das praktisch bedeutungsvollste Delikt; sodann das lohu tus, in welchem Begriff Untreue und ein sozialwidriges Handeln durch Verbindung mit verruchten Bösewichtern, also eine Art gesellschaftlicher Untreue, zusammengefaßt wird. Vgl. II p. 287 f.

Der mittelbare Täter haftet wie der unmittelbare, so wer jemanden durch ein Kind hat töten lassen, II p. 454, so wer jemanden durch einen Wahnsinnigen verletzt hat, II p. 454 f.

Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist aber erweitert: unter Umständen wird auch derjenige bestraft, der durch unerlaubtes Tun mittelbar dazu beigetragen hat, daß Personen sich verfeindet und auf Grund dessen verletzt haben. So büßt die Frau, welche zwei Liebhaber hat, wenn der eine Liebhaber den anderen totschlägt, p. 267, 269; ebenso hat der Mann, der neben der Frau eine Dirne pflegt, eine Geldstrafe zu entrichten, falls die Frau die Dirne aus Aerger tötet, p. 331, auch Vermögenseinziehung findet hier statt, II p. 491; ebenso wenn aus ähnlichem Grunde die erste Frau eine zweite verletzt hat, p. 274. Doch gilt diese erstreckte Haftung nur in schwereren Fällen, II p. 596.

In gleicher Weise finden wir eine Erweiterung des Anstifterbegriffs: Anstifter ist auch derjenige, der nur im allgemeinen böse Absichten stiftet: er soll für die daraus hervorgehenden Taten verantwortlich sein[97]). So soll gegebenen Falls auch der haften, der anderen Gifte bekannt gibt: er soll bestraft werden, sofern nicht die Art der Mitteilung ihm als eine ganz unverfängliche erscheinen mußte. Und das

---

[97]) Leclère, Législ. criminelle p. 276.

gleiche gilt auch, wenn er von verlorenen oder verborgenen Sachen Kunde gibt, wodurch Leute den Anreiz bekommen, sie sich anzueignen und dem Eigentümer zu entziehen, II p. 319.

Sachwehr gegen Tiere ist nur in beschränktem Maße gestattet; namentlich ist die Tötung eines Elefanten, der die Felder verwüstet, nur dann erlaubt, wenn der Elefant unbewacht herumschweift, p. 430, 432, 436; vor allem darf man einen königlichen Elefanten unter keinen Umständen töten, p. 431, 436.

§ 22.

Eine große Entwicklung zeigen auch andere strafrechtliche Lehren. Wir finden bereits den Begriff des Versuchs: der Versuch der Notzucht wird milder bestraft als die Vollendung (mit Geldstrafe)[98]; ebenso der Versuch des Diebstahls, und zwar hier abgestuft nach dem Grade, in welchem er der Vollendung nahe kommt[99]).

Der Gedanke des Rückfalls ist ebenfalls verbreitet: bei Rückfall tritt eine Erschwerung der Strafe, selbst die Verdoppelung ein, II p. 184[100]), auf Münzfälschung im Rückfall steht das Abhauen beider Hände, II p. 329.

Bei Idealkonkurrenz wird die Strafe erhöht: Idealkonkurrenz von Ehebruch und Inzest wird schärfer, nämlich mit Pranger bestraft, p. 336; Idealkonkurrenz von Notzucht und Inzest (Notzucht mit der Stieftochter) führt nicht nur zur Geißelung, sondern auch zum Verlust von Hand und Auge, p. 326; ebenso tritt bei Idealkonkurrenz von Ehebruch und Notzucht vermehrte Ahndung ein[101]). Auch bei Realkonkurrenz findet eine Schärfung statt (es stiehlt

---

98) Leclère, Législ. criminelle p. 377.

99) Leclère, Législ. criminelle p. 476 f.

100) Leclère, Législ. criminelle p. 265.

101) Leclère, Législ. criminelle p. 375 f. Vgl. unten S. 348.

jemand eine Sache und behauptet des Vorteils halber, sie einem Dieb abgenommen zu haben), II p. 321.

§ 23.

Die Herkunft der strengen Strafen aus dem Königtum zeigt sich auch darin, daß die Amts- und Soldatenverbrechen ganz besonders hart behandelt werden. Feigheit, Verlassen des Dienstes, Erpressung, Plünderung wird mit dem Tode gesühnt, II p. 247, 265, 257, 258 [102]). Auch Verbrechen im Dienste, namentlich Pflichtverletzung des Richters, soll mit Verstümmelung geahndet werden [103]). Einem Beamten, der nicht Anzeige macht, wird der Mund gespalten, werden die Ohren abgehauen; dazu soll beschimpfende Ausstellung und Prügelstrafe, ja selbst Todesstrafe hinzukommen, II p. 238, 273, 304. Wer den Befehlen des Königs nicht gehorcht, wer die öffentlichen Register fälscht, büßt mit dem Tode, II p. 258, 263, 266; die Fälschung königlicher Verordnungen wird mit Tod oder Handabhauen, die Fälschung von Gerichtsurkunden mit (abkäuflichem) Handabhauen bestraft, II p. 268, 270, 275; und wer den Befehlen von Würdenträgern nicht gehorcht, bekommt den Mund aufgeschlitzt oder die Lippen abgeschnitten, II p. 269; die Verletzung des Diensteides wird mit Tod oder Mundaufschlitzen geahndet, II p. 271. Und ebenso soll Münzfälschung als Verbrechen gegen das Königtum, mindestens beim Rückfall, mit Handabhauen gesühnt werden, II p. 328 [104]). Wer sich als Zöllner ausgibt und Zoll erhebt, wird, wenn er dabei Gewälttätigkeiten begeht, mit Handabhauen bestraft, II p. 283; wer die Steuerzahlung verhindert, bekommt den Mund gespalten, II p. 285. Selbst das Werfen von Steinen in den Königspalast oder das Sichprügeln darin wird mit Hand- und Fußabhauen gesühnt, II p. 278, und wer königliche Bau-

---

[102]) Leclère, Législ. criminelle p. 315.

[103]) Leclère, Législ. criminelle p. 331.

[104]) Leclère, Législ. criminelle p. 167, 326 f.

materialien, mit denen er einen Bau herstellen soll, verbrennt, büßt mit Tod oder Fingerabhauen, II p. 271. Selbst Unziemlichkeiten gegen den König werden barbarisch geahndet, II p. 49. Aber auch das gehört dem Königsrecht an, daß mit Tod oder anderen schweren Strafen bedroht wird, wer seine Tochter einem Ausländer in der Art zur Frau gibt, daß sie den Glauben abschwört, II p. 256.

Mit allem dem verhält sich's wie mit dem Königsspruch in dem buddhistischen Mahâvagga I 40, 3 (Sacred Books XIII p. 195), wo auch von Tod, Zungenausreißen und Rippenzerbrechen die Rede ist.

In vielen Einzelheiten allerdings finden wir die buddhistische Einwirkung[105]; so bei der Urkundenfälschung: nur wenn diese den Tod eines anderen zur Folge hat, soll Todesstrafe ergehen[106]; oder es tritt, wie bei Erpressung, Geldstrafe, Gefängnis oder Staatssklaverei ein[107] oder, wie bei Brandstiftung, Prügelstrafe und Gefängnis, und wenn dabei ein Mensch getötet, ständiges Gefängnis, II p. 331[108].

§ 24.

Auf Tötung folgt unter Umständen Todesstrafe, so bei Tötung des Ehemanns Erdrosselung, p. 321, so bei Raubmord, II p. 42, so bei Tötung eines königlichen Boten, II p. 276, aber auch sonst, II p. 327, 338. In anderen Fällen versklavt man den Totschläger: so wird der Totschläger eines Mönchs Sklave des Tempels, p. 310 f. Wieder in anderen Fällen kommt der Totschläger mit einer Geldbuße davon, indem er das Wergeld des Erschlagenen zahlt, p. 319. Vgl. oben S. 334 f., 338.

---

[105]) Wie in den birmanischen Rechtsbüchern, vgl. Lehre von der Blutrache S. 13.

[106]) Leclère, Législ. criminelle p. 328.

[107]) Leclère, Législ. criminelle p. 334, 335.

[108]) Leclère, Législ. criminelle p. 483 f. — Allerdings finden wir hier auch die strengere Strafe (jedoch abkäuflich), oben S. 336.

Körperverletzung gegen Eltern oder Respektspersonen wird mit Pranger, schimpflicher Ausstellung und körperlicher Züchtigung bestraft, p. 298, unter Umständen auch mit einfacher Versklavung, p. 321. Sonst steht auf Körperverletzung eine an den Verletzten zu entrichtende Geldstrafe, welche von der Art und dem Grad der Verwundung und den Umständen der Tat abhängt, II p. 457; eine Erschwerung tritt namentlich beim Gebrauch gefährlicher Werkzeuge ein, II p. 458; Körperverletzung mit nachgefolgtem Tod wird der Tödtung gleichgestraft, wenn der Tod in 14 Tagen eintritt, II p. 456.

Beschimpfung von Eltern und Respektspersonen führt Vermögenseinziehung mit sich, p. 324.

Die ungerechte Beschuldigung einer Frau, daß sie Ehebruch getrieben, wird mit einer Geldbuße gesühnt, welche die Hälfte oder nach Umständen ein Viertel ihres Frauenpreises beträgt, p. 246, II p. 460. Auch sonst wird eine Beleidigung mit der Hälfte (oder einem geringeren Bruchteil) des Wergeldes geahndet, II p. 460. Vgl. oben S. 335.

Die Einrede der Wahrheit macht straflos; nur wenn man eine Frau in ihrer Geschlechtsehre verletzt hat, ist stets ein Achtel des Wergelds zu zahlen, II p. 460.

§ 25.

Entführung wird im allgemeinen mit höherer Geldstrafe geahndet als Notzucht, Entführung einer Verlobten besonders schwer[109]); erschwert ist auch die Entführung mit Gewalttätigkeit[110]).

Straflos bleibt die Entführung, wenn es nachträglich zur Ehe kommt: vorausgesetzt, daß beide Teile sich in ehemäßiger Weise niederlassen und die Eltern um Entschuldigung bitten; dann werden häufig die Eheförmlichkeiten nachgeholt, p. 266, 268, 278, 280, 283.

---

[109]) Leclère, Legisl. criminelle p. 386, 390.
[110]) Leclère, Législ. criminelle p. 406, 408.

Auf Notzucht mit einer Jungfrau steht körperliche Züchtigung und die Entführungsstrafe, p. 271, 275[111]), auf Notzucht mit einer Witwe bloß die Ehebruchsstrafe, ein halb an die Genotzüchtigte, ein halb an den König, p. 258[112]). Wenn der Bräutigam die Braut notzüchtigt, tritt Prügelstrafe ein[113]). Unzucht mit einem Kind wird mit dem Doppelten der Entführungsbuße belegt, p. 264.

Die Strafe des Ehebruchs[114]) ist beschimpfender Umzug der Ehebrecherin. Sie bekommt einen Bambuskorb auf den Kopf, Rosen hinter die Ohren, Rosen um den Hals: auf solche Weise wird sie unter dem Schlage des Gong drei Tage lang herumgeführt, p. 236, 335. Doch kann die Strafe losgekauft werden, und wenn der Ehemann die Frau bei sich behalten will, zahlt er selbst die Strafe, die dann an den König fällt, p. 236. Ein wiederholter Ehebruch wird mit erneuter und verstärkter Beschimpfung bestraft, insbesondere bekommt die Frau teilweise den Kopf geschoren, sie wird auch beim Umzug ausgepeitscht. Doch kann sie auch hier vom Ehemann ausgekauft werden. Wenn allerdings der Mann trotz weiter fortgesetzten Ehebruchs sie immer wieder auskauft, dann wird er selbst beschimpft, und sie bekommen beide das Brandmal auf das Gesicht, p. 237. Der Ehebrecher wird mit Geldbuße belegt, und zwar mit dem Doppelten dessen, was auf einfache Entführung der Frau gesetzt ist, p. 238. Außerdem hat der Ehemann ein Tötungsrecht, wenn er beide auf frischer Tat antrifft[115]); er muß aber beide töten: eine Bestimmung, die durch sehr merkwürdige Uebereinstimmung mit der Lex Julia de adulteriis auffällt; tötet er nur den einen Teil, so hat er eine Geldbuße zu zahlen, p. 240, 336, II p. 516. Die Verwandten und An-

---

[111]) Leclère, Législ. criminelle p. 374 f.

[112]) Leclère, Législ. criminelle p. 378.

[113]) Leclère, Législ. criminelle p. 381.

[114]) Leclère, Législ. criminelle p. 382 ff.

[115]) Dieses ganz allgemeine Recht konnte der Buddhismus auch in Birma nicht verdrängen. Zur Lehre der Blutrache S. 13 f., ebenso auch nicht auf Ceylon, Rechtsvergl. Studien S. 244.

gehörigen des Ehemanns haben kein Tötungsrecht, p. 242, II p. 531; unter Umständen aber ein Verlobter, II p. 518. Aber auch die Frau, welche die Geliebte ihres Mannes erschlägt, bleibt straflos, wenn sie dies in der Aufwallung getan (nicht aber, wenn sie einen Mörder gedungen hatte), II p. 491.

Unter bestimmten Umständen wird der Ehebruch strenger bestraft; so wenn eine Frau aus der Notlage heraus geheiratet wurde und dieses dem Mann auf solche Weise vergilt: dann bleibt es nicht bei dem schimpflichen Umzug, sondern beide Schuldige werden an ein Joch gespannt und müssen drei Tage lang ein Stück Feld pflügen, p. 239. In einigen Fällen tritt auch Einziehung des ganzen Vermögens ein, und auch das kommt vor, daß die Frau versklavt wird, und zwar wird sie Sklavin des Königs, p. 241.

Nicht nur Ehebruch wird bestraft, sondern auch sonstige Vertraulichkeiten, so das Berühren, so das sich Begegnen im Innern des Hauses oder an einem einsamen Orte, und das Schlimmste ist das Zusammentreffen im Ruhegemach der Frau selbst. In diesen Fällen tritt Geldstrafe ein, steigend nach dem Grade der Vertraulichkeit, p. 237. Der schuldige Mann zahlt bis zur Hälfte der Ehebruchsstrafe, p. 238; vgl. II p. 523, 536.

Eine gesteigerte Strafe für den Ehebruch ist dann begründet, wenn er verübt wurde, während der Ehemann im Dienste des Königs abwesend war, p. 238 f.

Auch die Frau, die gleich nach dem Tode des Mannes mit einem anderen umgeht, erleidet schimpflichen Umzug, p. 246.

Die Kupplerin büßt mit der Hälfte der Entführungsstrafe, und ebenso, wer durch Verbergen der Schuldigen den Ehebruch befördert, p. 239, 244; wer nur mittelbar, durch sträfliches Stillschweigen, den verbotenen Umgang unterstützt hat, mit einem Viertel, p. 239; vgl. auch II p. 490, 538 f.

Unzucht wird mit ein Viertel der Entführungsstrafe[116]),

---

[116]) Leclère, Législ. criminelle p. 410.

wenn sie aber Folgen hat, mit körperlicher Züchtigung und Geldbuße bestraft. Unter Umständen ist der volle Frauenpreis zu entrichten, insbesondere wenn die verführte Frau im Wochenbett stirbt, p. 280, 266, 323. Ist der Unzüchter verheiratet, so tritt eine doppelt so hohe Strafe ein als beim Unverheirateten, auch hier ist die Idealkonkurrenz von Bedeutung, p. 266, 280, 323. Vgl. oben S. 342.

Der ehemalige Mönch wird auch dann bestraft, wenn er, aus dem Mönchstum ausgetreten, in verdächtiger Weise heiratet, d. h. so daß aus der Ehe der Verdacht einer früheren unerlaubten Verbindung hervorgeht; so wenn die Frauensperson in der Nähe des Klosters wohnte, häufig ins Kloster kam u. s. w., p. 296, 316, 319. Heiratet er eine Tempelsklavin, dann werden beide verkauft und mit Vermögenseinziehung belegt, p. 319.

Ueber Inzest vgl. oben S. 320.

Unzucht mit Tieren wird mit Pranger, Geldstrafe, Vermögenseinziehung gesühnt, p. 301, 322. Als eine Art von Unnatur wird die Verbindung eines freien Weibes mit einem Sklaven betrachtet: treibt daher die Herrin selbst mit ihrem Sklaven Unzucht, dann werden beide mit Pranger und Vermögenseinziehung bestraft, falls das Verhältnis bis zur Beiwohnung gediehen ist, sonst mit Geldstrafe, p. 303, 325; eine sonstige Verbindung einer Freien mit einem Sklaven wird mit Pranger, schimpflichem Umzug und Geldbuße geahndet, p. 303 [117]). Vgl. oben S. 316.

Auf Abtreibung steht Geldstrafe, unter Umständen auch Vermögenseinziehung, p. 300, 322.

§ 26.

Der Diebstahl wird mit Geldbuße geahndet und zwar je nach Umständen mit dem Einfachen, Zweifachen, Dreifachen und in schweren Fällen mit dem Fünf-, Sechs- und Siebenfachen, wovon ein Teil an den Staat, das übrige an den Bestohlenen

---

[117]) Leclère, Recherches p. 219 ff.

fällt [118]), II p. 297 f., 299. Auch die Wegnahme zum Zweck der bloßen Beschädigung wird als Diebstahl bestraft [119]). Der Sohn, welcher den Vater, mit dem er in Hausgenossenschaft lebt, bestiehlt, wird milder bestraft, und für die Geldstrafe wird er der Sklave seines Vaters [120]). Das Stehlen in Hungersnot ist, wie in alten deutschen Rechten, straflos [121]).

Felddiebstahl wird mit Geld gesühnt, worüber eine große Reihe von Einzelgesetzen mit bestimmten Taxen bestehen, II p. 364 f., 371 f.; ebenso das Bebauen fremder Felder, II p. 370.

Erschwert ist der Diebstahl in Bandenweise: der Dieb wird hier nicht nur mit Umzug und Vermögenseinziehung bestraft, er wird Tempelsklave, wenn der Diebstahl sich auf Tempelsachen bezog, p. 322 f., 324 [122]). Außerdem wird der Diebstahl einer im Haus, im Schiff geborgenen Sache, der Diebstahl während des Brandes, der Diebstahl mittels Ueberfalls, der Diebstahl mittels Abschneidens und Ablösens strenger bestraft, II p. 309, 333 [123]). Räuber wurden einst mit Ohrenabschneiden und bei Wiederholung mit dem Tod geahndet, II p. 186, später mit Versklavung und Vermögenseinziehung [124]).

Eigentumsvergehen an Sklaven und Pferden werden viel besprochen, so der Diebstahl, der, sofern es sich um Pferde handelt, mit dem Vierfachen bestraft wird, p. 448, 450, 451, bei Sklaven mit dem Zweifachen, wovon die Hälfte an den Staat fällt [125]). Ebenso haftet, wer mit einem Sklaven oder einer Sklavin Umgang hat und mit ihr entflieht, für das

---

[118]) Früher wurde der Dieb auch Königssklave, was aber nunmehr weggefallen ist, Leclère, Législ. criminelle p. 456.

[119]) Leclère, Legisl. criminelle p. 454.

[120]) Leclère, Législ. criminelle p. 302.

[121]) Leclère, Législ. criminelle p. 305.

[122]) Die Strafe ist später gemildert worden. Leclère, Législ. criminelle p. 470 f. Im übrigen vgl. oben S. 317.

[123]) Leclère, Législ. criminelle p. 471.

[124]) Leclère, Législ. criminelle p. 468 f.

[125]) Leclère, Recherches p. 208.

Doppelte, p. 419. Sodann wird namentlich das Verbergen und Verheimlichen eines zugelaufenen Sklaven oder Tieres erwähnt: wer einen Sklaven verborgen hält, haftet mit der Strafe des Zweifachen, p. 386 f.; in milderen Fällen tritt eine geringere Strafe ein, die zwischen Staat und Eigentümer geteilt wird, p. 391; wer ein entlaufenes Pferd verbirgt, haftet gar mit dem Fünffachen, p. 448.

Aber auch schon, wer dem Sklaven bei der Flucht behilflich ist, büßt mit dem Sklavenpreis, und wenn man den Sklaven nicht mehr bekommen kann, gar mit dem Dreifachen und mit Geißelung. Der fliehende Sklave selbst erleidet Prügelstrafe[126]).

Auch die Wegnahme eines Geländes aus dem Eigentum eines anderen hat Geldstrafe zur Folge[127]).

Die Flurbeschädigung wird mit Geld oder auch mit Prügelstrafe geahndet[128]).

Betrug wird mit Geldbuße, unter Umständen mit Prügelstrafe gesühnt (Verkauf unechter statt echter Waren), II p. 333.

IV. Prozeß.

§ 27.

Die Spurfolge findet sich auch hier, und zwar in der Art, daß, wenn das Gestohlene gefunden wird, man sich an den Dieb hält; wird es aber nicht gefunden, dann macht man die Ortschaft haftbar, in der die Spuren aufhören, p. 353, 356, II p. 489.

Ebenso wird der Eigentümer des Hauses haftbar, wenn die Spur sich bei ihm verliert: er wird haftbar, sofern er nicht den Dieb beibringen und hierdurch dartun kann, daß die Sache, wenn sie sich bei ihm fand, durch einen anderen dort niedergelegt wurde; er wird ferner haftbar, wenn er nicht der Pflicht

---

[126]) Leclère, Législ. criminelle p. 490, 491, 494.

[127]) Leclère, Législ. criminelle p. 515.

[128]) Leclère, Législ. criminelle p. 485 f.

zur sofortigen Anzeige genügt hat, p. 437, II p. 145, 193. Doch wird die Haftung des Hausherrn mitunter herabgemildert.

In gleicher Weise gilt aber auch eine Haftung, wenn ein Ermorderter sich auf fremdem Grundstück findet und die Spur nicht weiter verfolgt werden kann, auch der Täter nicht anderwärts bekannt wird, II p. 194. Doch wird auch hier die Haftung mitunter auf das halbe Wergeld herabgesetzt, II p. 194.

Die Spurfolge soll nicht von dem einzelnen für sich, sondern in Begleitung einer Schar älterer und angesehener Leute stattfinden, II p. 167.

Führt die Spur auf den Besitzer und behauptet er, die Sache redlich erworben zu haben, so muß er den Gewährsmann nennen; kann er es nicht, so muß er jedenfalls die Sache herausgeben, und wenn er sie ohne Vorsicht erworben hat, mindestens die Hehlerbuße bezahlen, II p. 178. Vgl. oben S. 340.

§ 28.

Der Prozeß ist Parteiprozeß, der Strafprozeß Anklageprozeß; die Anklage ist Popularanklage, jedoch sind Kinder, Greise, Wahnsinnige, verdächtige Personen ausgeschlossen, aber auch Geistliche sollen Anklagen unterlassen[129]).

Die Anklage wird schriftlich erhoben, II p. 123, 130 und wird sodann in der mündlichen Verhandlung, über die ein Protokoll errichtet wird, verlesen[130]). Sie muß verbürgt werden, sonst muß der Ankläger einstweilen ins Gefängnis, II p. 131.

Der Beweis wird in erster Reihe durch Zeugen hergestellt, die beeidigt vernommen werden, II p. 211 f. Nur die Geistlichen sagen ohne Eid aus[131]) (sie sagen auch nicht eigentlich aus, sondern geben ihre Antworten durch Nicken und andere Zeichen, II p. 212[132]).

---

[129]) Leclère, Législ. criminelle p. 1 f.

[130]) Leclère, Législ. criminelle p. 7 u. 79.

[131]) Leclère, Législ. criminelle p. 45, 48, 52.

[132]) Offenbar weil ein Priester nichts zum Verderben eines Mitmenschen aussagen soll.

In völlig neuzeitlicher Weise besteht die Ladung, der Vorführungsbefehl und die Verhaftung. Ist aber eine Person unter Abhängigkeit, wie ein Kind oder eine Ehefrau, so soll die Ladung nicht unmittelbar geschehen, sondern ihr Mundwalt soll gezwungen werden, sie herbeizuschaffen, II p. 173 [133]); unter allen Umständen muß das Familienhaupt davon Kunde erlangen, II p. 604. Die Verhaftung unterbleibt, wenn Bürgschaft geleistet wird, von der bereits die Rede war (oben S. 335).

Handelt es sich um ein schweres Verbrechen, so soll erst nach gründlicher Prüfung auf die Klage eingegangen werden (also Vorverfahren), II p. 151.

Zur Verhandlung kann in weniger schweren Fällen auch ein Verwandter für den Angeklagten als Vertreter erscheinen, II p. 114.

Daß die Prozeßwette auch hier stattfand, geht aus p. 440 hervor, wo bei einem Prozeß um einen Elefanten die beiden Teile um eine Summe wetten.

Aber auch gesetzlich besteht eine bedeutende Unterliegungsstrafe: der leugnende Schuldige muß die Hälfte des Kapitals zur Strafe entrichten, während der unterliegende Kläger die Klagsumme als Strafe zu zahlen hat, p. 463, 465; früher mußte die Unterliegenssumme sogar beiderseits bereitgestellt werden, II p. 82. Wir haben also eine ähnliche Entwicklung zu erkennen wie im ältesten römischen Recht. Die Prozeßkosten hat der Verlierende zu zahlen, p. 464; doch wenn der Schuldner sie nicht leisten kann, muß der Gläubiger zur Hälfte beitragen, p. 469 f.

Ist eine bewegliche Sache im Streit, so muß sie, wie nach altem römischen Rechte, vor Gericht gebracht werden, II p. 95.

§ 29.

Wie im indischen und wie in den sonstigen buddhistischen Rechten [134]), so bestehen auch hier für den Notfall, d. h. wenn

---

[133]) Leclère, Législ. criminelle p. 21.

[134]) Ueber indisches Recht vgl. Altindisches Prozeßrecht S. 38; über

durch Zeugen kein klares Ergebnis hergestellt werden kann, die Gottesurteile, II p. 214[135]).

Die Gottesurteile sind regelmäßig zweiseitig und tragen den gewöhnlichen Typus wie bei allen Völkern; so das Gottesurteil des siedenden Bleis, indem beide Teile einen Finger eintauchen, wobei es darauf ankommt, ob der eine sich dabei mehr oder minder verbrennt, II p. 225 f.[136]); ebenso das Ordal des Feuers, indem beide Teile über glühende Kohlen wandeln: wie bei anderen Völkern wird auch hier einige Tage gewartet, dann werden die Fußsohlen untersucht, II p. 227. Sodann das Wasserordal, indem beide Teile untertauchen: wer zuerst auftaucht, hat verloren, II p. 229. Gewöhnlich wird aber, indem beide Teile an einem Pfahl im Wasser untertauchen, ein Gebrauch vollzogen, welcher eine bestimmte Zeit dauert, z. B. daß eine Gerichtsperson dreimal möglichst lange den Atem anhalten muß: taucht während dieser Zeit keiner hervor, dann ist das Ordal ergebnislos, II p. 227. Sodann das Ordal des rohen Reises, indem beide Teile ungehülsten Reis kauen müssen: hier kommt es darauf an, wer am längsten fortfährt. Sodann besteht das Ordal der angezündeten Kerzen, wobei entscheidend ist, wessen Kerze zuerst abbrennt, II p. 229; während die Schwimmordale, indem beide Teile einen Strom durchschwimmen müssen, nicht mehr im Gebrauch sind. Alle diese Ordalien können ergebnislos sein, indem für beide Teile ein gleich günstiger Erfolg eintritt: in diesem Falle muß zu einer anderen Probe gegriffen werden. Bei den Proben soll Sorge getragen werden, daß keine Zaubermittel angewendet werden, II p. 228: wer Zaubermittel gebraucht, verliert den Prozeß, II p. 582. Vgl. unten S. 357.

---

das Recht in Birma Z. f. allgem. Strafrechtsw. V S. 681; über sonstige hinterindische Völker Klemm in Zeitschr. XIII S. 128.

[135]) Vgl. hierzu und zum Folgenden Leclère, Législation criminelle, p. 99 f.

[136]) Aehnlich das zweiseitige Ordal des heißen Oels auf Ceylon, Rechtsvergleichende Studien S. 245.

Auch das Losordal ist in häufiger Uebung; so in der Form, daß auf verschiedene Zettel „gerecht“ und „ungerecht“ geschrieben wird und es dann maßgebend ist, ob der eine oder andere Teil die gerechten oder ungerechten Zettel erfaßt, II p. 230, 597, 603; ist das Ergebnis ein teilweise günstiges, so tritt eine gemilderte Strafe ein (man glaubt an eine teilweise Schuld), II p. 597, 603.

Das Losordal findet sich auch in folgender Weise: man zeichnet das Bild eines Schiffes, zerschneidet es in drei Teile und legt diese in einen Topf; zieht der Beklagte das Vorderteil oder die Mitte des Schiffes heraus, dann ist er gerechtfertigt, II p. 383.

Es ist meist zweiseitig, mitunter aber auch einseitig, II p. 603 f.

Die Gottesurteile kommen auch bei Geistlichen[137]) vor und erfahren dann einige Aenderungen. Angewandt wird auch hier 1. das Losordal: der bezichtigte Mönch hat zwischen drei Töpfen zu wählen, in deren einem sich ein Buddha, im anderen ein religiöses Kleid, im dritten anderweitige Dinge befinden: wählt er mehrmals das erste oder zweite, dann ist er unschuldig, p. 317. Angewandt wird auch hier 2. das Kerzenordal: es werden zwei Kerzen angezündet, eine für den Ankläger, eine für den Angeklagten, und diese brennen ab, während Sprüche aufgesagt werden: wessen Kerze zuerst erlischt, der verliert, p. 313 f.

Ein 3. Gottesurteil besteht darin, daß man ein Bett verflucht und den angeklagten Mönch darin schlafen läßt: ist er schuldig, so kommt er nicht zur Ruhe, p. 314.

Auch die nachforschenden Ordalien sind im Gebrauch, wie z. B. das Bleiordal in der Art, daß, während das

---

[137]) Ueber die hier nicht weiter zu erörternde Stellung der Bonzen, die sich im übrigen von den weltlichen Einflüssen fernhalten, aber große Gemeinschaften mit bedeutenden Vermögensmassen bilden, vgl. Leclère, Droit public p. 170 f.

Blei flüssig ist, man die Namen der Ortsbewohner ausspricht: wenn jemand schuldig ist, so nimmt man an, daß ein Tropfen der Flüssigkeit aufspringt und dadurch die Person kundgibt [138]).

Auch die Selbstverfluchung kommt vor, und entsprechend auch der Eid, vielfach durch schreckliche Verwünschungsformeln [139]) vor Altären verstärkt. Man nimmt an, daß, wenn der Eid falsch geleistet wird, in der nächsten Zeit ein Unglück über den Eidesleistenden hereinbricht; weshalb denn auch, wenn Zeugen, die beeidigt ausgesagt haben, innerhalb drei oder sieben Tagen ein bestimmtes Unglück erleiden, die Zeugenaussage für falsch gilt und die Partei den Prozeß verliert; namentlich wenn entweder eine Feuersbrunst ihr Haus oder ihr Schiff verzehrt oder sie einen Schiffbruch oder gar Verwundung oder Tod erleiden, II p. 213 [140]).

Derselbe Gedanke findet sich auch bei den Parteien, II p. 214, und zwar in folgendem: bevor die Parteien zum Gottesurteil zugelassen werden, müssen sie sich drei Tage zurückziehen und werden genau bewacht; trifft sie hierbei irgend ein Unglück, wird z. B. die Partei krank, so gilt der Prozeß schon als verloren [141]).

Dem Eidesordal verwandt ist das Trinken des Eideswassers, das sich auch bei anderen Stämmen in Hinterindien findet und sich von dem Gottesurteil nur durch den Zweck unterscheidet: es verhält sich zu ihm wie der Versprechenseid zum Eid über Tatsachen. Zweimal im Jahr müssen die Beamten einen Brauch vollziehen, der darin besteht, daß zunächst Wasser unter Anrufung von Geistern geweiht wird, in das man Waffen verschiedener Art eintaucht; nachdem das

---

[138]) Leclère, Législ. criminelle p. 114.

[139]) Wie bei den Singhalesen, Rechtsvergleichende Studien S. 245.

[140]) Leclère, Législ. criminelle p. 50 und 110.

[141]) Leclère, Législ. criminelle p. 103.

Wasser auf diese Weise den höchsten Fluch in sich aufgenommen hat, muß der Beamte es trinken, indem er den Fluch auf sich herabbeschwört, falls er seine Amtspflicht verletze; die Waffen bedeuten wie gewöhnlich, daß er durch die Waffen sterben solle. Es ist also derselbe rituelle Gedanke wie bei dem Eideswasser der Juden oder wie bei dem Fetischessen der Neger[142]).

Das Gottesurteil hat hier wie sonst zur Folter geführt. Der Gang der Vorstellung ist folgender: man fügt der Person irgend eine Pein zu, nimmt aber an, daß, wenn sie unschuldig ist, sie diese Pein ohne weiteres überstehe. Von da an ist nur ein Schritt zur Annahme, daß, wenn die Partei geständig ist, sie eben die Pein nicht aushalten kann, so daß hiermit das Gottesurteil zu ihren Ungunsten ausgefallen ist. Hat man dieses Prozeßmittel einmal erlangt, dann wird es auch zu anderen Zwecken verwendet, namentlich um den Angeklagten oder Verurteilten zu zwingen, seine Mitschuldigen zu nennen. Diese beiden Anwendungsformen der Folter, die im Abendlande im Gebrauch waren, finden sich auch im Morgenlande, besonders auch in Kambodscha. Eine Reihe von Foltermaßregeln zwar, wie das Zusammenpressen der Knöchel an Armen und Füßen, scheint außer Uebung gekommen zu sein[143]).

Eines der schlimmsten Foltermittel aber ist noch in Uebung. Das ist das Kaep-Kabal, das darin besteht, daß der Kopf zwischen zwei Holzscheiben zusammengepreßt und kleine Holzstücke mit einem Holzhammer herangeschlagen werden, II p. 183, eine schreckliche Marter, welche mitunter den Tod zur Folge hat[144]). Nennt der Gefolterte seine Mit-

---

[142]) Vgl. Leclère, Droit public p. 133 f. Es zeigt auch dies, wie dilettantisch es ist, wenn manche Nichtjuristen und Nichtethnologen einfach aus solchen Uebereinstimmungen auf eine geschichtliche Verwandtschaft der Rechte geschlossen haben.

[143]) Leclère, Législ. criminelle p. 131.

[144]) Leclère, Législ. criminelle p. 130.

täter trotz mehrfacher Folter nicht, so wird er erdrosselt, II p. 183.

§ 30.

Der universelle Grundsatz, daß, wer sich verbrecherische Einwirkungen im Prozeß erlaubt, mit dem Verlust des Prozesses bestraft wird, gilt auch hier. Wer den Richter zu bestechen sucht, verliert den Prozeß; ebenso wer durch Beschwörungsmittel auf den Rechtsgang einwirkt, II p. 196 f. und 582 (oben S. 353).

X.

Die Vormundschaft im altböhmischen Landrechte.

Eine historische Studie.

Von

Dr. jur. **J. Kapras** (Prag).

Einleitung.

Das böhmisch-mährische Landrecht*) kennt folgende Vormundschaftsarten: Vormundschaft über Waisen, über Verschwender und Geisteskranke, Vormundschaft des Vaters über seine Kinder, des Mannes über seine Frau, des unabgeteilten Bruders über seine unabgeteilte Schwester.

Dagegen ist dem böhmischen Land- und Stadtrechte — dem letzteren wohl durch Einfluß des ersteren — die Geschlechtsvormundschaft der Frauen vollkommen fremd. Denn wenngleich die volljährige Tochter, die unverheiratete und unabgeteilte Schwester, die Ehefrau unter einer Vormundschaft des Vaters, beziehungsweise des unabgeteilten Bruders und des Mannes stand, so ist der Grund dieser Vormundschaft nicht das Geschlecht, sondern das väterliche Verhältnis, die Unabgeteiltheit, die Ehe. Die abgeteilte unverheiratete Schwester und die Witwe waren dagegen vollständig selbständig und unab-

*) Wir verstehen hier diesen Begriff in dem Sinne d. h. mit dem Inhalte und in dem Umfange, wie wir es bereits oben (Bd. XVII, S. 422 der Zeitschrift) näher erörtert haben.

hängig, sie bedurften keines Vormundes, da sie fähig waren, alle ihre Rechtsangelegenheiten persönlich vorzunehmen [1]).

Die nachfolgenden Zeilen gelten nur der Vormundschaft über Waisen oder der Vormundschaft im engeren Sinne. Diese war im böhmischen Rechte ein einheitliches Institut. Von einem Unterschiede zwischen Tutela und Curatela, wie dies im römischen Rechte vorkommt, finden wir hier keine Spur. Die Bezeichnung der Quellen für Vormund ist tutor, pater commissarius, böhmisch poručník [2]).

Die Quellen liefern uns folgende Definitionen unseres Begriffes:

Všehrd [3]): Poručenství jest dětí a statku svého, kterýž kdo ve dskàch má, k opatrování a k množení, ne k umenšení, komuž se zdá, dskami nebo kšàftem na mocný list královský svěřěnie a po smti své postúpeníe dětí a statku svého dědičného a svobodného nebo manského nebo zástavního. (Die Vormundschaft ist ein durch die Landtafel oder ein Testament auf Grund eines königlichen Machtbriefes bewirktes Vertrauen der Kinder und seines landtäflichen Besitzes an beliebig jemanden zur Fürsorge und Vermehrung, nicht zur Verminderung

---

[1]) Lippert, Sozialgeschichte Böhmens in vorhusitischer Zeit (Prag 1896—1898), I, 202; Schreuer, Untersuchungen und Verfassungsgeschichte der böhm. Sagenzeit (Schmollers Forschungen XX, 4, 1902) St. 40; Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhm.-mähr. Landrecht (1883), S. 9, 11, 14; Ruber, Beiträge zur Geschichte des Vormundschaftsrechtes in Mähren (2. Aufl., Brünn 1885), 38; Kadlec, Rodinný nedíl (Familiengütergemeinschaft, Prag 1898) St. 84; Brandl, Právnì postavení ženského pohlaví v Čechách (Die rechtliche Stellung der Frauen in Böhmen — in Právník IX) 757.

[2]) Brandl, Glossarium St. 254. Die älteste Bezeichnung poručník ist in der Olmützer Landtafel I, Nr. 1045 und XI, Nr. 300. Poručník bedeutet im Böhmischen einen Mann der „bei der Hand“, „zur Hand“ po-ruce ist.

[3]) Knihy devatery o práviech a sudiech i o dskách země českè (Neun Bücher über die Rechte, die Gerichte und die Landtafel Böhmens aus dem Jahre 1499) V, 33, 1.

und ein Ueberlassen der Kinder und seines Erb- und Frei- oder Lehn- oder Pfandgutes nach seinem Tode.)

Damit hängt wohl die eine Definition von Koldín[4]) zusammen:

Die Vormundschaft ist ein Vertrauen über die Kinder und ihre Güter der oder derer Personen, auf welche die Sorge und Verpflichtung der Vormundschaft von dem Vater oder Großvater gelegen ist.

Koldín führt aber noch eine zweite[5]) an:

Die Vormundschaft ist ein Schutz und Schirm für den Rechten bestätiget und aufgetragen über eine freie Person zu Regier und Beschützung derselben, die von wegen ihrer Kindheit und Jugend weder sich selbst noch ihr Gut versorgen, noch beschützen kann.

Diese letztere wurde dann mit kleinen Aenderungen von den Verneuerten Landesordnungen[6]) akzeptiert in den Worten:

Die Fürmündschafft ist ein Recht und Gewalt zu Beschützung der jenigen freyen Leüt und deroselben Gütter, welche wegen ihrer Jugend oder anderer Ursachen halber sich und ihren Güttern selbsten nit fürstehen können. Und würd nach Böhaimbischen Rechten kein Unterscheid gemacht zwischen denen Tutoren und Curatoren.

Der Grund der Vormundschaft über Waisen ist also auch den Quellen nach die Unmündigkeit und die damit verbundene Unmöglichkeit, seine Rechtsangelegenheiten selber zu führen.

---

[4]) Práva městská království českého (vom Jahre 1579; zitiert nach der deutschen Uebersetzung, „vollständige Teutsche Stadtrecht im Erbkönigreich Böheim" vom Jahre 1721) D. V, 1, § 2.

[5]) D V, 1, § 2.

[6]) Verneuerte Landesordnung für Böhmen vom Jahre 1627, Art. N. 1; für Mähren vom Jahre 1628, Art. 396.

§ 1.

Die Unmündigkeit.

Die Mündigkeit [7]) wird als léta spravedlivá (rechte Jahre) bezeichnet. Man unterschied die natürliche (léta přirozená) und die vom Könige erteilte Mündigkeit (léta králem daná).

Es war wohl auch im böhmischen Rechte die natürliche Mündigkeit anfangs von der Ansicht der nächsten Verwandten abhängig, ohne daß für sie eine feste Regel oder Termin festgesetzt wäre. Uebrigens blieb auch später den Verwandten ein bedeutender Einfluß bei der Mündigkeit gewahrt. Mit der Zeit entwickelte sich in unserem Rechte dieselbe Ueberzeugung, wie wir sie überall vorfinden, daß nämlich das geschlechtsreife Individuum auch vollständig rechtlich handlungsfähig sei.

Die erste Spur von léta finden wir im Rosenberger Rechtsbuche [8]). Doch ist die betreffende Notiz äußerst kurz und undeutlich, so daß wir überhaupt nicht entscheiden können, ob die Stelle bloß von der Verjährung [9]) oder auch von der Mündigkeit spricht. In voller Geltung war die oben angeführte Ansicht zu Všehrdszeit: „Die natürliche Mündigkeit wird in Böhmen nicht nach einer bestimmten Zahl von Jahren, sondern nach der Entwicklung des Geschlechtes gerechnet: bei dem männlichen Geschlecht, wenn es Bart bekommt oder wenn das Geschlechtsorgan mit Haaren verdeckt wird (und es genügt das eine, und es ist nicht beides nötig, da es viele Männer

---

[7]) Vgl. Hansl, Oletech práva staročeskeho (von den Jahren im altböhmischen Rechte, Právnik IX) und meine Abhandlung „Onezletilosti v českém právu (von der Unmündigkeit im böhm. Rechte in Časopis Matice Moravské 1904).

[8]) Kniha Rožmberská (aus dem XIV. Jahrh. ed. Brandl 1872) Art. 209.

[9]) Durch „léta“ wird nämlich im böhmischen Recht sowohl die Verjährungsfrist, wie auch der Mündigkeitstermin bezeichnet. — Später gebrauchte man zum Unterschiede für die Verjährung „léta zemská“ oder „sirotčí“.

gibt, die bis zum Greisenalter keinen Bart haben); bei dem weiblichen Geschlechte, wenn sich der Bussen zu entwickeln anfängt [10])".

Die Geschlechtsreife war gewöhnlich auf dem ganzen Aeußeren des betreffenden Individuums ersichtlich, und es bedurfte also keines weiteren Beweises. Wurde sie aber strittig, so entschied die leibliche Untersuchung (ohledání) [11]). Das Recht, diese Untersuchung zu verlangen, stand nur demjenigen zu, der ein landtäfliches Objekt hatte, und zwar nur aus einem wichtigen Grunde. Solche Gründe waren nach Všehrd folgende:

1. Jemand verlangt die Uebergabe seines Gutes vom Vormunde.

2. Jemand will ein Gut in die Landtafel eintragen lassen, da er es verkauft oder versetzt hat.

3. Jemand beabsichtigt landtäflich einen Vormund für seine unabgeteilten Brüder oder Onkel zu ernennen.

Es scheint jedoch, daß diese Fälle bloß demonstrativ angeführt sind, und daß ein jeder, der eine landtäfliche Eintragung beabsichtigte, das Recht hatte, die Untersuchung zu verlangen.

---

[10]) Léta přirozená v zemi české ne vedle jistého počtu let, ale vedle dokonalosti přirození se čtú: na mužském pohlaví, když se brada spe aneb lóno chlupatí (a kdežkoli se jedno z toho dvého ukáže dosti jest, a nenie potřebie obého neb mnozí muži až do starosti se nalézají, ježto na bradě chlupu žádného mieti nebudú) a na ženshém pohlaví, když se prsy pučie a nadýmají. V, 45, 2.

[11]) Für Männer war die leibliche Untersuchung der Haare auch im römischen und deutschen Rechte anwendbar. Vgl. pr. J. 1, 22, quib. modis tutela finitur. . . . . pubertatem autem veteres quidam non solum ex annis, sed etiam ex habitis corporis in masculis aestinari volebant . . . .

Sep. I, 42, § 1. Swilches mannes alder man nicht en weiz, hât her hâr in deme barte und nidene und under iclichme arme, so sal man wizzen, daz her zu sinen tagen komen ist. Im selben Umfange wie in Böhmen war die Untersuchung üblich in Ungarn. Hier wurde sie durch Landrichter, Protonotare und in Klöstern vorgenommen. Vgl. Kadlec, Verböczyovo Tripartitum (Prag 1902) St. 151.

Die Untersuchung selbst wurde durch zwei (Všehrd betont besonders „nicht mehr und nicht weniger“) Beamte des kleinen Landrechtes vorgenommen, und konnte durch Gesicht und Betastung durchgeführt werden. Das Resultat wurde in die betreffende landtäfliche Eintragung, wegen der es vorgenommen worden, mit den Worten: habens annos aetatis legitimos maje léta vèku pravého, maje léta spravedlivá úředníky ohledaná (. . . . der rechte Jahre hat nach der amtlichen Untersuchung) angemerkt [12]. Für die Richtigkeit der Untersuchung haftete der Eid der Beamten.

Den ersten Versuch, die Mündigkeit durch ein festes Alter festzustellen, machte Majestas Carolina [13], indem sie dem fünfzehnjährigen Sohne erlaubte, die Trennung vom Vater zu verlangen. Diese Bestimmung trat aber nicht in rechtliche Kraft. Nur langsam machten sich Stimmen bemerkbar, die, auf das römische Recht hinweisend, ähnliche Mündigkeitsbestimmung verlangten. Man hielt aber auch ihnen gegenüber fest an der alten Gewohnheit, und zwar, wie uns Všehrd [14]) berichtet, aus dem Grunde, weil hier ein Betrug nicht so leicht möglich war. Erst im 16. Jahrhundert schaffte man das alte Recht ab. Zuerst bestimmte der Landtag [15]) im Jahre 1508, daß die Untertanen bis zum zwanzigsten Lebensjahre keine gültigen Verträge schließen können; dann nahm man im Jahre 1537 [16]) den kirchlichen Termin von vierzehn Jahren für die Ehemündigkeit an, und schließlich akkommodierte sich die Landesordnung vom Jahre 1549 [17]) den meisten Nachbar-

---

[12]) Všehrd V, 45, 8; Reliquiae tabularum (ed. Emler) II, 110 und 115.

[13]) Art. 66.

[14]) V, 45, 6 und 7.

[15]) Knížky nálezů soudu zemského (Bücher der Landrechtsentscheidungen ed. Čelakovský in Archiv český Bd. XIX) II, Art. 12.

[16]) České sněmy (Böhmische Landtagsakte) I, 414.

[17]) Art. F. 12; Landesordnung 1564. Art. Z. 55.

ländern, indem sie das zwanzigste Lebensjahr als den allgemeinen Mündigkeitstermin festsetzte [18]).

In Mähren galten anfangs dieselben Grundsätze wie in Böhmen. Die leibliche Untersuchung verschwand hier aber viel früher als in Böhmen. Das Tobitschauer Rechtsbuch [19]) spricht von dieser Sitte als von einer altertümlichen, nicht mehr vorhandenen. Der letzte Fall einer solchen wirklich durchgeführten Untersuchung ist uns aus dem Jahre 1486 [20]) überliefert worden. Das Tobitschauer und Drnowitzer Rechtsbuch [21]) führen verschiedene Mündigkeitstermine an, je nach dem Stande der Person: So waren die Knaben des Herrnstandes im 16., die Mädchen im 14. Jahre mündig, die des Ritterstandes im 17. resp. 15. Jahre, die Untertanen dagegen erst im 18. resp. 16. Jahre. Späteren Landtagsbeschlüssen

---

[18]) Denselben Termin hat auch „die Ordnung guter Polizei für die fünf Niederösterreichische Lande und die Grafschaft Görz" vom Jahre 1552.

[19]) Kniha Tovačovská Art. 200 . . . . Sirotkóm za starodávna pány léta jsú přisúzena a se někdy ohledávali úředniky aneb od úředníkuov, pacholíkovi na luoně, děvečkam na prsech. A ta léta muosejí sudiem zemským, při kterémž právě jest, a pánem jeduím ohledána býti . . . . (In der alten Zeit wurde die Mündigkeit den Waisen von den Herrn zuerkannt, und dieselbe von den Beamten untersucht und zwar bei Jünglingen auf dem Geschlechtsteile, bei Mädchen auf dem Busen. Und diese Untersuchung muß geschehen vom Landrichter des betreffenden Landrechtes und von einem Herrn . . . .)

Dudík (Geschichte Mährens Bd. IX, St. 155) glaubt auf Grund einer Urkunde aus dem Jahre 1283 (Codex Moraviae IV, 277) annehmen zu können, daß in Mähren ursprünglich der Termin von 25. Jahren gegolten hat (. . . . quia ego Ingramus tempore venditionis predicte extiti minor XXV annis . . . .); in der betreffenden Urkunde ist aber ein singulärer Einfluß des römischen Rechtes vollkommen klar.

[20]) Páni ohledali jsú sirotka Jana z Mutěnic podle práva, že léta má (Die Herrn haben den Waisen Jan von Mutěnic untersucht, daß er mündig sei). Brandl, Glossarium unter „Léta".

[21]) Kn. Tovačovská Art. 200; Kn. Drnovská St. 76; Zápisy Žerotinovy (Zerotins Memoiren ed. Brandl) I, 133.

(z. B. den Olmützern vom Jahre 1574)[22]) zufolge galt auch für den Ritterstand das 18. Jahr als Mündigkeitsjahr.

Dem Vater stand aber jederzeit frei, die testamentarisch von ihm bestellte Vormundschaft bis zum zwanzigsten Lebensjahre des Mündels durch eine ausdrückliche Erklärung gelten zu lassen, und dadurch die Mündigkeit und die damit verbundene Selbständigkeit bis zu diesem Termine zu verschieben. Diese Ausnahmebestimmung wurde dann im Jahre 1574[23]) nach dem Beispiele der böhmischen Landesordnung vom Jahre 1549 zu einer allgemeinen Regel, so daß von nun an auch in Mähren die Mündel erst von ihrem zwanzigsten Lebensjahre an ihre Güter selbständig verwalten konnten.

Hatte nun ein Kind das hier angeführte Alter erreicht[24]) und war es geistig normal entwickelt[25]), so konnte es entweder allein, oder durch seinen Vormund oder mit Hilfe des Landeshauptmannes die Feststellung seiner Mündigkeit beim Landrechte verlangen, wobei persönliches Erscheinen des Petenten nötig war. Falls über die Mündigkeit gewisse Zweifel entstanden waren, so war der Beweis derselben zu erbringen, was entweder durch eine schriftliche Anmerkung (Urkunde[26]), elterliche Eintragung in den Kalender)[27]), oder durch Zeugen geschehen konnte.

Neben der natürlichen Mündigkeit kennt das böhmische Recht noch die vom Könige erteilte. Die Erteilung der venia aetatis war in Böhmen von jeher ein ausschließliches Recht des Königs. Die Herren konnten dieselbe im Landrechte

---

[22]) Abgedruckt bei Kameníček, Zemské sněmy a sjerdy Moravské (Mährische Landtage und Versammlungen) II, 148.

[23]) Ebendaselbst; Památky suěmovní (Landtagsakten) III, 58.

[24]) Oefters finden wir in den Verträgen die Bemerkung „maje léta přirozená“ (der natürliche Jahre hat, d. h. mündig ist). So im Mährischen Formular aus dem Jahre 1612 (Mähr. Landesarchiv Nr. 22) f. 78. a.

[25]) Kn. Tov., Art. 200.

[26]) Vgl. Ruber, Vormundschaftsrecht St. 81.

[27]) Zàpisy Žerotinovy I, 208.

nur in Abwesenheit des Königs oder auf Grund einer speziellen Bevollmächtigung erteilen.

Der König sollte aber die venia aetatis nur zu Gunsten der Waisen und aus einem triftigen Grunde geben. So sagt schon Andreas von Duba[28]): „Kann der König die Mündigkeit dem Waisen erteilen, damit er sein Gut verkaufen, schenken oder verpfänden kann? Ich sage, daß er dies zum Schaden des Waisen nicht tun kann.“ Und dieselbe Ansicht drückt Všehrd mit den Worten: „Der König gibt nie den Waisen die venia aetatis zum bösen, schädlichen und unnützen Zwecke“ aus[29]).

Als Gründe der venia aetatis werden angeführt:

1. Der Verkauf des Waisengutes[30]). Dies hängt mit der Bestimmung des böhmischen Rechtes zusammen, daß, falls kein „väterlicher“ d. h. mit besonderer Macht ausgestatteter Vormund (mocný porucník) vorhanden war, das Gut weder vom Vormund, noch vom Mündel selbst mit Einwilligung des Gerichts veräußert werden konnte und daß für diesen Fall zur venia aetatis gegriffen werden mußte.

2. Damit der Waise selbständig vor dem Gerichte auftreten kann[31]).

3. Damit sich der Mündel selbst einen neuen Vormund wählen kann[32]) für den alten, der aus irgend einem Grunde von seinem Amte befreit worden war.

4. Zum Zwecke einer unio mit den Waisen[33]). Dieser

---

[28]) Výklad na právo země èeské (Rechtsbuch des Andreas von Duba) Art. 77. Móže-li král lèta dáti sirotku, aby své prodati, dàti neb zapsati měl a mohl? Pravím, že toho ke škodě sirotčí učiniti nemóž?

[29]) V, 46, 2. Král nikdy pro zlé, škodné a neužitečné sirotkóm let spravedlivých nedává.

[30]) Všehrd V, 45, 1; Rel. Tab. II, 316, 327, 420.

[31]) Officium circa tab. (Jireček, Codex Bohemiae juris II, 2) Nr. 26 . . . . actor non habens annos legitimos citare non potest, nisi rex sibi de plenitudine potestatis det annos.

[32]) Rel. Tab. II, 183, a 291.

[33]) Rel. Tab. I, 478, II, 22.

Grund, wie wir später noch näher erörtern werden, wurde mit der Zeit aufgehoben.

Es war aber nicht erlaubt, die venia aetatis z. B. zum Zwecke der Teilung einer Gütergemeinschaft zu verlangen[34]). Das Verlangen nach der Erteilung der venia konnte entweder vom Vormunde oder von den Verwandten ausgehen. Jedenfalls und unbedingt notwendig war die Existenz eines bestimmten Petenten, welcher für alle nachteiligen Folgen der erteilten venia haften mußte. Deshalb war auch sein Name in die Landtafel[35]) eingetragen mit der Klausel „že to dání a vyplnění jest pro lepší sirotčí" (daß diese Erteilung der venia zum Besten der Waisen geschähe).

Regelmäßig erteilte der König die Mündigkeit nur zu einem ganz bestimmten Zwecke und für einen bestimmten Zeitraum (na čas)[36]). Nach Erfüllung derselben kehrte der Waise in seine frühere Stellung als Unmündiger zurück. Es konnte also einem und demselben Unmündigen zu verschiedenen Zwecken mehrmals nacheinander die venia erteilt werden.

Ausnahmsweise erklärte der König den Waisen für definitiv mündig (léta věčná), wodurch derselbe jeder Beschränkung derart enthoben war, daß er nie mehr in die Vormundschaft zurückversetzt werden konnte.

Ueber die erfolgte Mündigkeitserklärung wurde entweder eine selbständige landtäfliche Eintragung gemacht[37]), oder dieselbe wurde bei dem Rechtsgeschäfte, für welche sie gegeben wurde, angemerkt[38]).

Durch die Landesordnung vom Jahre 1549[39]) wurde die

---

[34]) Všehrd VI, 7.

[35]) Všehrd V, 47, 3.

[36]) Všehrd V, 48.

[37]) Die Formel einer solchen Eintragung bei Všehrd V, 49.

[38]) .... cui idem rex annos legitime etatis de plenitudine sue potencie addidit et supplevit .... Rel. Tab. I, 478. .... maje sobě léta králem JMti daná a vyplněná. .... Rel. Tab. II, 420.

[39]) Art. F. 12.

definitive Mündigkeitserteilung auf Grund eines Gesuches der Verwandten und Bekannten vom Könige oder in dessen Abwesenheit vom Landrechte als Regel eingeführt, während von dieser Zeit an die nur zu einem bestimmten Zwecke erteilte venia aetatis ganz verschwand.

In Mähren war der König beziehungsweise der regierende Markgraf in der Erteilung der venia aetatis durch den Beirat der Stände zwar beschränkt[40]); doch wurde derselbe öfters ganz unberücksichtigt gelassen. In der Landesordnung aus dem Jahre 1604[41]) blieb bereits die Bemerkung vom Einflusse der Stände aus, wogegen die Stände zwar Einsprache erhoben haben, es kam aber zu keiner Berichtigung, da keine mährische Landesordnung mehr vor den Verneuerten Landesordnungen erschienen ist.

Da man in den mährischen Rechtsbüchern keine Erwähnung vorfindet von einem Unterschied zwischen der venia aetatis auf Zeit und einer solchen für immer (léta na čas — léta věčná), so meint Ruber[42]), daß ein solcher in Mähren überhaupt nicht vorkommt. Doch wir schließen uns seiner Ansicht nicht an. Es hatte zwar der Hauptgrund einer solchen Erteilung, nämlich der Verkauf des Waisengutes, in Mähren, wo mit Einwilligung des Landrechtes der Vormund im Namen des Waisen handeln konnte, keine solche Bedeutung wie in Böhmen, aber der bloße Vergleich einiger diesbezüglichen landtäflicher Eintragungen[43]) mit ähnlichen böhmischen be-

[40]) Kn. Tov., Art. 161; Kn. Drn. St. 74; mähr. Landesordnung vom Jahre 1545, St. 101; Zápisy Žerotinovy I, 58.

[41]) Kameníček II, 149.

[42]) Vormundschaft St. 81.

[43]) Bohunke de Hertwikowicz cum Offka filio Przibconis de Hertwicowicz cum omnibus bonis ipsorum, que habent et habebunt in posterum, insimul sunt congressi. Ibidem et de hoc nuncii fuerunt dominus Petrus Hecht de Rosicz, quod dominus Johannes Marchio Moraviae illi Office annos addidit et ad predictam congressionem suum dedit assensum — Landtafel. Brünn IV, 348. — .... Serenissimus princeps et dominus Georgius rex Boemie et Marchio Moranie Johanni de Mirow

rechtigt uns wohl darauf zu schließen, daß auch in Mähren die venia aetatis nur auf Zeit und zu einem bestimmten Zwecke erteilt wurde. Diese Ansicht finden wir bestätigt in dem Beschlusse des Landtages vom Jahre 1612[44]), wo ausdrücklich von Erteilung einer venia aetatis gesprochen wird, die bloß zum Zwecke der Wahl eines neuen Vormundes geschehen ist.

Nach den Verneuerten Landesordnungen war der Mündigkeitstermin für das männliche mit zwanzig[45]), für das weibliche Geschlecht mit fünfzehn[46]) Jahren festgesetzt und die vom Könige erteilte venia aetatis hatte das betreffende Individuum den natürlich Mündigen vollkommen gleichgestellt.

§ 2.

Gründe für die Berufung eines Vormundes.

Eine Person wurde nach den Bestimmungen des altböhmischen Rechtes zu einer bestimmten Vormundschaft berufen entweder, weil es der Wille des Vaters war, oder der verwandtschaftlichen Verhältnisse mit dem Waisen wegen, oder endlich durch die Anordnung des Königs als des obersten Vormundes aller Waisen des Königreiches.

In einzelnen dieser Kategorien waren noch verschiedene Berufungsmodalitäten möglich, welche sich übersichtlich folgendermaßen gruppieren lassen:

I. Die väterliche Vormundschaft bestellt
   1. durch eine landtäfliche Eintragung,
   2. auf Grund eines Machtbriefes,
   3. infolge einer Gütergemeinschaft (unio).

II. Die verwandtschaftliche Vormundschaft.

---

et de Raycze filio Henrici de Rayecz addidit annos sic, quod posset facere se capitalem debitorem ad deputandum dotalicium matri sue .... Olmütz XI, 5. — Aehnlich Olmütz X, 6.

[44]) Ed. Brandl St. 52.

[45]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XIII; mähr., Art. 408.

[46]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XVI; mähr., Art. 411.

III. Die vom Könige eingesetzte Vormundschaft
1. durch bloße Ernennung,
2. durch Erteilung der Gütergemeinschaft mit dem Mündel.

Außer diesen finden sich singulär
IV. Vormünder, welche sich die Waisen selbst gewählt haben, und
V. Vormünder, welche aus der Nachbarschaft bestellt waren (dies nur in Mähren).

Indem wir uns vorbehalten, für eine spätere Stelle dieser Abhandlung auf die Entwicklung und die Altersverhältnisse dieser verschiedenen Kategorien der Vormundschaft näher einzugehen, wollen wir uns hier nur mit pragmatischer Schilderung der einzelnen Berufungsgründe befassen so zwar, daß wir sie der besseren Uebersicht wegen territoriell sondern.

A. Berufungsgründe in Böhmen.

1. Die gewöhnliche Art der väterlichen Vormundschaft war die landtäfliche Vormundschaft (poručenství deskami). Die unbedingte Voraussetzung zur Errichtung einer solchen Vormundschaft war seitens des Errichters der Besitz eines landtäflichen Objektes, wobei dessen Größe und Wert ganz belanglos waren. „Denn niemand kann Vormünder durch die Landtafel bestellen, der kein in der Landtafel eingetragenes freies Erb- oder Lehngut hat“ [47]). Die Beamten waren verpflichtet, zuerst zu untersuchen, ob derjenige, der einen Vormund bestellen wollte, wirklich ein solches Gut besaß. Es genügte dazu weder ein freies Erbgut, welches in der Landtafel nicht eingetragen war, noch ein königliches Pfandgut, wenn der Majestätbrief in die Landtafel nicht einverleibt war. Der landtäfliche Besitz war jedoch nur im Momente der Vormundschaftseintragung nötig. Der spätere Verlust des Gutes

---

[47]) Neb žádný kdož dědictví svobodného nebo manského dskami zapsaného nemá, poručníkov dskami dělati nemóž. Všehrd V, 33, 2 u. ff.

übte keinen schädlichen Einfluß auf die bereits errichtete Vormundschaft, welche auch weiter rechtskräftig dastand.

Diese Art der Vormundschaft nannte Všehrd [48]) kurz die väterliche Vormundschaft (poručenství otcovské, pater commissarius), denn diese Art gehörte zu den gewöhnlichsten, wo ein Vater seinen Kindern für den Fall seines Todes einen Vormund bestellte. Neben dem Vater stand dieses Recht auch anderen Personen zu und zwar:

α) einer jeden Person, die mit dem Vater in Gütergemeinschaft (unio) lebte, und auf Grund dessen nach dessen Tode die Vormundschaft seiner Waisen übernahm [49]);

β) dem ältesten Bruder, der nach erlangter Mündigkeit Vormund seiner Brüder geworden ist [50]);

γ) einem jeden anderen Vormunde, sofern er durch die Landtafel berufen war, und entweder als mächtiger Vormund (mocný poručník) oder als mit diesem Rechte besonders ausgestatteter Vormund bestellt war [51]).

Die Formel solcher landtäflicher Eintragung findet man bei Všehrd [52]) und in der Landtafel [53]). Die Eintragung geschah in der ältesten Zeit in die Quaterne der Zitationen, später in die der Kaufkontrakte, und seit 1653 in besondere Testaments- und Vormundschaftsquaterne [54]). Die älteste Ein-

---

[48]) Všehrd V, 38, 1.

[49]) Všehrd V, 33, 6. — Hierher gehört auch die Mutter, vgl. Rel. Tab. I, 476.

[50]) Všehrd V, 33, 7; Knížky nálezů I, 9.

[51]) Všehrd V, 40, 4. — Knížky nálezů XII, 90.

[52]) Všehrd V, 34.

[53]) Rel. Tab. II, 47. Przibko dictus Wrba de Krp. p. c. etc. quod omnes pueros suos cum omnibus hereditatibus suis habitis et habendis commisit potenter et committit Wenceslao de Dube et de Zakscyny, ita quod fecit eum verum patrem commissarium et tutorem omnium premissorum. Act, a. d. MCCCC. VIII. sabbato quatuor temporum Quadragesime. Aehnlich böhmisch z. B. Rel. Tab. II, 459.

[54]) Die Taxe betrug von einem Vormunde 40 Groschen für die Herrn Beisitzer und 4 für den Schreiber. Für jede Aenderung und Til-

tragung datiert aus dem Jahre 1327[55]. Auch Andreas von Duba[56] kennt diese Vormundschaftsart.

Gewöhnlich ernannte man mehrere Vormünder[57]. Oefters wurde die Mutter zur Vormünderin bestellt[58] und ihr ein oder mehrere Mitvormünder in einer und derselben[59] oder in einer selbständigen Eintragung[60] gegeben. Es kommen auch Fälle vor, wo erst später zu den ursprünglich ernannten Vormündern neue hinzugefügt werden[61], oder für den Wegfall des einen eventuelle Ernennungen erfolgen[62].

Solange der Ernenner am Leben war, stand es ihm frei, die Vormünder zu wechseln[63]. Uebrigens ging die neuere Vormundschaft ohne weiteres der älteren voran[64].

---

gung eines einzelnen namentlich angeführten Vormunds, sowie für die Abberufung mehrerer Vormünder, welche summarisch ohne Namennennung geschah, betrug die Taxe auch nur 44 Groschen. Všehrd VIII, 38; Vladislavische Landesordnung Art. 163; Landesordnung 1549, Art. K. 18.

[55]) Rel. Tab. I, 43.

[56]) Art. 75.

[57]) Rel. Tab. I, 436, 458, 570, 576, 591; II, 121.

[58]) Rel. Tab. I, 259; II, 402 und 436; Formae literarum apud tabulas (ed. Jireček, Codex II, 2) Nr. 1.

[59]) Rel. Tab. I, 162; II, 109, 124, 436, 452.

[60]) Rel. Tab. I, 419.

[61]) Thomas de C. protestatus est, quod ad priores commissarios et tutores hereditatum et puerorum suorum habitarum et habendarum vid. ad J. de f. v. P. de K. addit et adjungit S. de P. et M. de A.: ita quod fecit eos omnes cum prioribus in solidum veros commissarios et tutores omnium praemissorum. Formae literarum Nr. 6.

[62]) Rel. Tab. II, 229.

[63]) Si quis committit pueros suos alicui et facit vita sospite, aliquem alium actum in praescribendo, tenet: quia licitum est sibi mutare et revocare, quando placet. — Officium circa tabulas Nr. 144 (ed. Jireček, Codex II, 2). — Aehnlich Všehrd VII, 32, 4; Knížky nálezů XII, Art. 108.

Als Beispiel der Abberufung eines Vormundes vgl. Rel. Tab. II, 109: Bohunco de Mrwicze veniens coram beneficiariis Pragensibus revocauit Johanem de Bezdědic a commissione et tutorio et solum reliquit tutores

2. Wollte oder konnte der Vater aus irgend einem Grunde die Vormundschaft landtäflich nicht bestellen, und wenn er sich entschlossen hatte, den Vormund testamentarisch zu ernennen, so war dazu ein besonderer königlicher Machtbrief erforderlich. Dieser konnte, obzwar es zu seiner Gültigkeit nicht nötig war[65]), dann in die Landtafel eingetragen werden. Zu Všehrds Zeit kam es vollkommen außer Gebrauch, die Machtbriefe und die darauf errichteten Testamente in die Landtafel einzutragen, da dadurch der Partei unnütze Kosten entstanden. Eine besondere Formel war dabei in Böhmen nicht üblich. Man ließ gewöhnlich den Brief von einigen Zeugen besiegeln[66]).

3. In Ermangelung einer väterlichen Vormundschaft trat die Vormundschaft der Verwandten in Kraft.

Die älteste Spur dieser Vormundschaft findet sich im Rosenberger Rechtsbuche[67]) und bei Andreas von Duba[68]). Der letztere betont dabei besonders die Schwertverwandtschaft.

Später wurden die Verwandten gewöhnlich nach dem Grade der Verwandtschaft berufen. Den weiteren Verwandten fiel nur dann die Vormundschaft zu, wenn die näheren Verwandten die nötige Sicherheit für das Waisenvermögen nicht bieten konnten. Unter gleich nahen Verwandten entschied die bessere Sicherheit. Wenn ein Verwandter die Erlegung der nötigen Kaution und dadurch die Uebernahme der Vor-

---

et commissarios Elisham et Nicolanus predictos. Vgl. auch Rel. Tab. II, 436 und 452.

Eine Revokation der Vormundschaft ohne Namensnennung durch eine allgemeine Klausel in Rel. Tab. I, 576; Formae literarum Nr. 7.

[64]) Rel. Tab. I, 196.

[65]) Všehrd V, 35; Landesordnung 1549, Art. F. 1 und 2.

[66]) Ein Beispiel vom Jahre 1433 in Rel. Tab. II, 178.

[67]) Art. 188. Zsirotka přívuzneho chtě ho chowati, troj póhon. Právo svédky. (Zur Erlangung der Vormundschaft aus Verwandschaftsgründen, ist nötig, eine dreimalige Belangung. Der Beweis ist durch Zeugen [zu erbringen].)

[68]) Art. 13.

mundschaft verweigerte, so verlor er zur Strafe das Erbrecht nach dem betreffenden Waisen[69]).

Es wurde also der Reihe nach berufen: der Bruder[70]), der Onkel[71]), die Schwester[72]), die Tante[73]), wobei die Un-

---

[69]) Všehrd V, 38, 43. — Rel. Tab. II, 487; Vladislavische Landesordnung, Art. 460 und 497; Landesordnung 1549, Art. F. 25.

[70]) Ruber (Vormundschaftsrecht 57) glaubt in der Vormundschaft des ältesten Bruders eine besondere Art sehen zu können, die der Vormundschaft im Wege der Unio am nächsten steht. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die Stellung dieses Bruders eine andere war als die der übrigen Verwandten. Er war nicht nur nicht verpflichtet ein Inventar zu errichten (Záp. Žer. I, 208) und Kaution zu erlegen (Všehrd V, 38, § 3, 43, § 6), sondern war besonders in der älteren Zeit auch in der Disposition mit dem Waisenvermögen unbeschränkt (Kn. Tov., Art. 98). Später wurde er zwar darin den übrigen Vormündern gleichgestellt (Andreas von Duba, Art. 117; Kn. Tov., Art. 150; mähr. Landesordnung 1516, Art. XVI; böhm. Landesordnung 1530, Art. 166; Landesordnung 1549, Art. J. 23), aber es blieb doch die wichtige Bestimmung, daß der unmündige Bruder, nachdem er mündig geworden war, die Uebergabe der Vormundschaft selbst von einem väterlichen Vormunde verlangen konnte (Andreas von Duba, Art. 75; Všehrd V, 37, 1) und daß er als Vormund für seine Geschwister für den Fall seines Todes einen landtäflichen Vormund gerade so wie der Vater einsetzen konnte (Všehrd V, 33).

Trotzdem können wir der Ansicht Rubers, daß man mit einer besonderen Vormundschaft zu tun hat, nicht beistimmen. Denn abgesehen davon, daß dieselbe Art der Vormundschaft von manchen Quellen auch der unabgeteilten Schwester zuerkannt wird, teilt der Bruder die Möglichkeit, einen Vormund nach seinem Tode zu bestimmen, mit dem unabgeteilten Onkel, so daß die Quellen und hauptsächlich Všehrd die Vormundschaft des Bruders mit den aller übrigen Verwandten vollkommen indentifizieren.

In der Befreiung ein Inventar zu machen und eine Kaution zu erlegen, findet sich noch ein Rest der alten Ansicht, wornach die Vormundschaft nicht zum Vorteile des Mündels, sondern des Vormundes errichtet wurde.

[71]) Rel. Tab. II, 274.

[72]) Während die älteren Quellen die Schwester dem Bruder gleichstellen (Rel. Tab. I, 151; Všehrd V, 37, 6), rufen die späteren dieselbe nur dann, wenn keine unabgeteilte Brüder und Onkel vorhanden sind

abgeteilten den Abgeteilten vorangingen. Durch den Beschluß vom Jahre 1497 [74]) wurde die Ordnung so bestimmt, daß zuerst die Schwertmagen und dann die Spindelmagen berufen werden und daß in jeder dieser Kategorien die männlichen Verwandten den weiblichen vorausgehen, wobei unter ihnen einerseits die Nähe, andererseits die bessere Sicherheit entscheidet. Die Weiber waren den Männern in der Führung der Vormundschaft gleichgestellt und führten dieselbe persönlich auch dann, wenn sie verheiratet waren. Im letzten Falle waren sie berechtigt, die Führung unter Kaution ihrem Manne zu überlassen, nach dessen Tode seine Erben zu Rechnungslegung verpflichtet waren [75]).

Streitigkeiten zwischen den väterlichen Vormündern und den Verwandten um Vormundschaften waren sehr häufig und gehörten vor das Landrecht [76]).

4. Wenn kein Verwandter und kein väterlicher Vormund vorhanden war, so sorgte der König selbst für die Waisen. In der älteren Zeit besorgten diese Angelegenheiten besondere Boten [77]) oder ständige Richter (popravci) [78]) auf Grund eines von Fall zu Fall gegebenen Auftrages. Später ernannte der König mit oder ohne Mitwirkung des Landrechtes einen ständigen Vormund, für welchen er jedoch haftete [79]). Die Ernennung geschah durch einen Brief oder durch Eintragung in die Landtafel [80]).

(Rel. Tab. I, 345; Vladislavische Landesordnung, Art. 105), räumen ihr aber immer den Vorrang zur Vormundschaft vor einer Tante. (Knížky XIV, Art. 105).

[73]) Die unabgeteilte Tante ging dem abgeteilten Onkel voran. (Knížky III, 73).

[74]) Den Beschluß vgl. Rel. Tab. II, 487.

[75]) Landesordnung 1549, Art. T. 7.

[76]) Rel. Tab. I, 184, 260, 573, II, 274.

[77]) Rel. Tab. I, 419. [78]) Codex II, 2. 335.

[79]) Všehrd V, 38, 6; 39, 1; Vladislavische Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11.

[80]) Vladislav, Český král z plnosti moci své a z milosti své zvlástni

5. In der älteren Zeit kommt sehr oft die Vormundschaft im Wege einer Gütergemeinschaft (spolek, unio) vor. Diese Form konnte entweder der Vater anwenden, oder es konnte der König seine Vormundschaft in diesem Wege übertragen [81]). Die Form verschwand später, nachdem die Unio mit den Waisen gerichtlich verboten wurde [82]).

6. Endlich konnte der Waise, dem zu diesem Zwecke die venia aetatis vom Könige gegeben wurde, sich einen Vormund selbst wählen. Der so erwählte Vormund wurde in die Landtafel eingetragen [83]).

B. Berufungsgründe in Mähren.

1. Auch in Mähren und Troppau war die landtäfliche Form die gebräuchlichste für die Bestellung eines väterlichen Vormundes [84]). Voraussetzung einer solchen Eintragung war freilich auch hier der Besitz eines landtäflichen Objektes. Als berechtigt zur Bestellung erscheinen der Vater, der ältere

---

P. . . . . mocuèho učinil a ustanovil obrance a poručníka nekdy R . . . . dědictvì jeho a statku tých̆ž sirotků . . . . (Vladislav aus Gottes Gnade König von Böhmen hat aus seiner Vollmacht und aus besonderer Gnade den P. zum mächtigen Beschützer und Vormund des Erbes und aller Güter der Waisen des verstorbenen R . . . . gemacht und ernannt . . . .) Reb. Tab. II, 367. — Aehnlich I, 556, II, 292; Všehrd V, 39.

[81]) Sezima ostendit, qualiter Wenceslaus Romanorum et Boemie rex, de plenitudine maiestatis sue Sezeme de Fusperk cum orphano Johanne filio olim Busshonis de Wrtba cum omnibus suis hereditatibus dedit et dare potuit veram unionem, ita quod factus est cum eo verus unitor seu hromdník omnium premissorum. Nuncius . . . . Rel. Tab. I., 556. Aehnlich 1, 560. 587, 606; II, 299, 316, 327, 467.

[82]) Všehrd V, 42.

[83]) Die Klausel lautete, daß der König „annos aetatis expleuit et donauit ad infra nominatos duobus kusoma videlicet ut possint se in commissionem et tuicionem committere Z . . . .“ Rel. Tab. II, 291. — Aehnlich II, 183.

[84]) Kn. Tov., Art. 98, 160 u. ff., Kn. Drn. St. 46, 73 u. ff.

Bruder, jede Person, die mit dem Vater in einer Unio lebte[85]), und der väterliche Vormund nur dann, wenn ihm vom Vater dazu die Erlaubnis speziell gegeben wurde.

Regelmäßig wurde in Mähren nur ein Vormund[86]) — sehr oft die Mutter[87]) — ernannt, seltener sind mehrere Vormünder bestellt worden[88]). Es kommt hier auch eine gegenseitige[89]) und eventuelle[90]) Vormundschaftsernennung vor.

Die Eintragung in die Landtafel war auch nach dem Tode

---

[85]) J .... J .... m .... omnium bonorum suorum hereditanorum mobilium et immobilium, que habet et habebit in futurum et eciam orphanorum N .... i fratris sui .... facit verum et potentem commissarium alias porucznika. Landtafel Olmütz XI, 300.

Anna relicta Mathie .... congressa mater .... pueros suos domino W .... vera commissione committit ita quod post mortem .... nullus nisi ille .... debet habere disponere cum eisdem. Landtafel Brünn IV, 400; ähnlich XII. 149.

[86]) Böhmische Formen vgl. Kn. Tov., Art. 98 und Kn. Drn. St. 46. Lateinisch: Buzco senior de Mostycz dominum Bohoslaum de Wyszcow si ipsum contingat decedere, omnium bonorum suorum et heredum constituit rectorem et principalem tutorem. Landtafel Brünn II, 45 vom Jahre 1351; ähnlich IV, 204; V, 256, 470; VI, 228, 230, 438, 678, 850, 884, 925, 933; XII, 18, 102, 113, 447, 794; XIII, 54; XIV, 148.

Jenczo Spram commisit pueros suos et omnia bona sua domino Jesconi de Conicz, sic quod si aliquid in eo contingeret dato dotalicio uxori sua residuam partem pueris reseruaret. Landtafel Olmütz I, 453; ähnlich I, 795; II, 94, 466; X, 4, 271, 459.

[87]) Gewöhnlich mit der Klausel „quousque statum viduitatis non mutauerit.“ Landtafel Olmütz X, 189, 674; XI, 141; Brünn IV, 178; VI, 769. — Troppauer Landtafel, Kaufkontrakte I, F, 18, 19, 34.

[88]) Landtafel Olmütz I, 794; X, 168, 466; Brünn IV, 265, 267; XII, 101. — Besonders häufig bekam die Mutter einen Mitvormund (Landtafel Olmütz X, 106, 585; Landtafel Troppau, Kaufkontrakte I, 18, 19, 34), der gewöhnlich zugleich als eventueller Hauptvormund fungierte für den Fall der Verheiratung (Troppauer Landtafel, Kaufkontrakte I, Fol. 18).

[89]) N .... et Sch .... fratres, ipse N .... pueros et boua sua et ipse Sch .... vicissim pueros et bona nomine et ratione tutoris invicem commiserunt parte ex utraque. Brünn VI, 692.

[90]) Landtafel Brünn XIII, 119.

des Berechtigten auf Grund eines Briefes erlaubt[91]). Die landtäflich eingetragene Vormundschaft wurde aber in Mähren als erworbenes Recht betrachtet, und durfte deshalb nicht ohne Einwilligung des zur Vormundschaft Bestimmten abgeändert werden[92]). In Troppau dagegen war die Vormundschaftseintragung frei veränderlich[93]).

Gegen die Vormundschaft war wie gegen jede Eintragung der Widerspruch (odpor)[94]) zulässig, gewöhnlich aus dem Titel einer Unio, die wohl im älteren Rechte der landtäflichen Vormundschaft voranging; später aber wurde die Priorität der letzteren vor allen übrigen Vormundschaften anerkannt.

2. Bei der Vormundschaft auf Grund eines königlichen Machtbriefes war zwar in der älteren Zeit die nachträgliche landtäfliche Eintragung nicht erforderlich, in der späteren Zeit aber verlangte man sie unbedingt[95]). Sie konnte entweder

---

[91]) Záp. Žer. I, 101.

[92]) Kn. Tov., Art. 158; Kn. Drn. St. 73. — Gegen die ausdrückliche Bestimmung der beiden Rechtsbücher meint Ruber (Vormundschaftsrecht 60, Anm. 25): „dies scheint sich nur darauf zu beziehen, wenn zugleich mit der Bestellung ein Anfallsrecht statuiert wurde.“ Zur Begründung dieser seiner Ansicht beruft er sich auf die Analogie der böhmischen Verhältnisse. Wohl mit Unrecht, denn nach Všehrd ist die Vormundschaftsernennung vollkommen frei veränderlich, und die Abänderungen kommen auch wirklich oft, wie Rel. Tab. beweisen, vor, während wir in dem edierten Teile der mährischen Landtafel keinen einzigen solchen Fall finden konnten. — Wir müssen also die Behauptung der Rechtsbücher im vollen Umfange aufrecht erhalten, und sie als einen Ueberrest der alten Ansicht, daß die Vormundschaft ein Recht sei, erklären.

[93]) Troppauer Landtafel, Kaufkontrakte III, F. 9.

[94]) Landtafel Brünn VI, 438 enthält eine Vormundschaft, Nr. 457. Odpor: N . . . . contradicit sutorie, quam Zybrzid, frater suus fecit cum Ar . . . . et trahit se ad tabulas, quod sit frater indivisus et habeat coiunccionem veram. — Záp. Žer. I, 213.

[95]) Kn. Tov., Art. 158; Kn. Drn. St. 74; Landesordnung 1516, Art. XV.

bereits vom Vater, oder erst nach dessen Tode von den Vormündern selbst veranlaßt werden[96]).

Das Testament selbst mußte auf Pergament geschrieben und von sechs besonders dazu auserlesenen Herrn oder Rittern mit Siegeln versehen werden. Es genügte jedoch, daß wenigstens zwei von diesen Zeugen vor dem Tode des Erblassers das Testament besiegelten; die übrigen konnten dies auch nachträglich tun, vorausgesetzt freilich, daß sie schon früher vom Erblasser selbst darum ersucht waren.

Zu Kriegszeiten, Unruhen, oder wenn Mähren keinen König oder Landeshauptmann hatte, sah man von dem Erfordernisse eines Machtbriefes ab, und es wurden auch Testamente mit zwei oder drei Zeugen erlaubt, welche nachträglich vom Könige bestätigt und in die Landtafel eingetragen wurden.

Jede Aenderung eines solchen Testaments geschah in einer von zwei oder drei Zeugen bestätigten Urkunde, welche mit dem ersten Testamente verbunden werden mußte.

Im 16. Jahrhundert strebten die Mährischen Stände, aber erfolglos, die Testierfreiheit an[97]).

3. Endlich konnte der Vater einen Vormund im Wege gegenseitiger[98]) oder einseitiger[99]) Gütergemeinschaft (unio, spolek) schaffen. Diese Gemeinschaft erforderte aber die Einwilligung des Landesherrn (Königs, Markgrafen) oder in Abwesenheit derselben, des Landeshauptmannes. Die ab-

---

[96]) Záp. Žer. I, 103, 254, 262.

[97]) Vgl. Kameníček Sněmy II, 163—167. Auch in Troppau gab es keine Testierfreiheit. Troppauer Landtafel, Kaufkontrakte III, F. 22; VI, F. 16.

[98]) Petrus de Cleczan cum Arclebo de Ugezd dicto de Cleczan una cum heredibus ipsorum quidquid habent vel habere poterint in futuro invicem sunt congressi et tutoriam puerorum suorum seu caucionem, si quis prius decederet, tunc qui remaneret, pueros alterius debet habere in sua tuicione, adiecto si quis huiusmodi coiunccionem extabulari pecierit, hoc fieri debet sine contradiccione. Landtafel, Brünn VI, 161.

[99]) Landtafel, Brünn XIII, 119; Troppau, Kaufkontrakte I, F. 33.

geschlossenen Gütergemeinschaften wurden vor zwei Zeugen in die Register des Landeshauptmannes eingetragen und bei der nächsten Gelegenheit in die Landtafel übertragen.

4. Von den Verwandten waren zuerst die Schwert- und dann die Spindelmagen zur Vormundschaft berufen. Der Nähere schloß den Entfernteren aus, unter zwei gleich nahen Verwandten entschied nicht, wie dies in Böhmen war, die bessere Sicherheit, sondern das Alter. — Die Weiber waren ohne Ausnahme von dieser Art der Vormundschaft ausgeschlossen[100]).

5. Im 16. Jahrhundert findet man in Mähren eine eigenartige Vormundschaft der Nachbarn. Für den Fall nämlich, daß die Vormundschaft von keinem der Verwandten übernommen wurde, sollte sie den nächsten Nachbarn angetragen werden. Wenn sich einer von ihnen bereit erklärte, dieselbe zu führen, so erlangte er nach Erlegung der nötigen Kaution dadurch das Erbrecht nach den betreffenden Waisen[101]).

6. Unter denselben Bedingungen wie in Böhmen war es auch in Mähren dem Mündel möglich, selbst einen Vormund zu wählen[102]).

7. In Ermangelung eines jeden Vormundes war es auch hier Sache des Königs, um die Waisen Sorge zu tragen. Diese Pflicht ging aber in Mähren — zwar nicht theoretisch, aber doch faktisch — sehr bald auf den Landeshauptmann über, der die Vormundschaftsangelegenheiten entweder persönlich führte, oder durch einen von ihm ernannten Vormund, für den er haftete, besorgen ließ[103]).

---

[100]) Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75; Záp. Žer. I, 150, 167, 249.

[101]) Kameníček, Sněmy II, 143.

[102]) Herrscho predictus cum fratribus omnia, que habet ubicunque universis et singulis bonis Meynuschio de Mlekowitz comittit et assumpsit eum in verum tutorem et gubernatorem omnium rerum et bonorum suorum, que habet in districtu Brunensi et Olomucensi. Landtafel, Brünn V, 489. — Troppauer Landtafel, Kaufkontrakte III, F. 18.

[103]) Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75; Landesordnung 1516, Art. XIII; Záp. Žer. I, 150.

Zur Zeit, wo noch der König persönlich die Obervormundschaft führte, kommen öfters Fälle vor, wo die Vormundschaft in Form einer Gütergemeinschaft übertragen wurde[104]).

Die Verneuerten Landesordnungen kennen als Vormundschaftsberufungsgrund nur die Verwandtschaft, das Testament und die gerichtliche Einsetzung[105]).

Unter diesen nahm die testamentarische Vormundschaft die erste Stelle ein und erschien als ein einheitliches Institut, denn man machte von nun an keinen Unterschied weder zwischen der landtäflichen und der auf einem königlichen Machtbrief beruhenden, noch zwischen der sogen. mächtigen (mocné poručenství) und der gewöhnlichen (věrné p.) Vormundschaft.

Die testamentarische Vormundschaft setzte ein Testament voraus, zu dem ein Machtbrief nicht mehr nötig war, und das in Böhmen[106]) in die Testaments- und Vormundschafts-, in Mähren[107]) in die größeren Quaterne eingetragen wurde. Aus der alten sogen. mächtigen Vormundschaft blieb nur die Möglichkeit übrig, den Vormund im Testamente von der Inventur und Kaution, nicht aber von der Rechnungslegung zu befreien[108]).

Aus dem römischen Rechte übernahm man die Bestimmung, daß derjenige, welcher durch letztwillige Anordnung einem Minderjährigen ein Gut zuwendet, für dasselbe einen Spezialvormund bestellen kann, und zwar auch dann, wenn der Minderjährige nicht vaterlos war; tat er dies nicht, so

---

[104]) Kn. Tov., Art. 161; Kn. Drn. St. 74. — Landtafel, Brünn XII, 756; Olmütz XI, 20, 131, 265.

[105]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. I; mähr., Art. 396.

[106]) Seit dem Jahre 1653.

[107]) Nach der Landtafelinstruktion vom Jahre 1642, ed. Demuth, Geschichte der Landtafel im Marg. Mähren. (Brünn 1857, St. 194 ff.)

[108]) Böhm. Verneuerte Landesordnung, Art. N. IV; mähr., Art. 399.

konnte die Verwaltung eines solchen Gutes dem Vater nur unter einer Kaution überlassen werden[109]).

Die Verwandten wurden zur Vormundschaft nach der Ordnung des Erbrechtes berufen[110]). Der ältere Bruder war entweder gleich zur Vormundschaft berufen, wenn er zur Todeszeit des Vaters bereits mündig war und kein testamentarischer Vormund existierte, oder erst später, wenn er die Mündigkeit erlangt hatte, und vom Vater nicht ausdrücklich von der Vormundschaft ausgeschlossen wurde. Die ältere Schwester hatte nur dann einen Anspruch auf die Vormundschaft, wenn keine Brüder vorhanden waren[111]).

Von Amts wegen waren nach diesen Landesordnungen die Vormünder in Böhmen entweder vom Könige, oder den Statthaltern, oder dem Landrechte, in Mähren vom Landeshauptmanne zu ernennen.

§ 3.

Der Antritt der Vormundschaft.

Eine allgemeine Pflicht die Vormundschaft zu übernehmen bestand nicht. Bei der landtäflichen Vormundschaft verlangte man die ausdrückliche Verweigerung der Uebernahme derselben vor der Landtafel[112]). Wenn ein Verwandter die Uebernahme der ihm angefallenen Vormundschaft verweigerte, so verlor er dadurch sein Erbrecht nach dem Waisen.

Unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft waren in Böhmen alle Personen, die selbst unter einer Vormundschaft standen, in Mähren außerdem noch alle Personen des geistlichen Standes[113]).

---

[109]) Böhm. Verneuerte Landesordnung, Art. O. XIV und XV; mähr., Art. 429 und 430.

[110]) Böhm. Verneuerte Landesordnung, Art. N. VI; mähr., Art. 401.

[111]) Böhm. Verneuerte Landesordnung, Art. N. XV und XVI; mähr., Art. 396, 410, 411.

[112]) Všehrd V, 33, 10.

[113]) Kn. Tov., Art. 158.

In der älteren Zeit war der Antritt der Vormundschaft sehr einfach. Der Vormund setzte sich in den Besitz des Gutes und der Person des Mündels ein und begann auf dem Gute zu wirtschaften. Wurde ihm das Gut oder die Person von jemanden vorenthalten, so stand ihm gegen denselben schon nach dem Rosenberger Rechtsbuche[114]) eine Klage zu.

Als in späterer Zeit die Pflicht zur Rechnungslegung und Kaution aus dem römischen Rechte übernommen und dem einheimischen Rechte akkommodiert wurde, so war es nötig, bei Uebernahme der Vormundschaft den Vermögensstand der Waisen durch ein Inventar sicherzustellen. Man überließ aber vorerst dem Vormund selbst, durch Privatinventur[115]) vor Zeugen, sich gegen eventuelle spätere Angriffe zu schützen. Erst mit dem Aufblühen der obervormundschaftlichen Gewalt kam das Inventar in die Hände der öffentlichen Organe und seit dieser Zeit (im 15. und 16. Jahrhundert) war der Antritt der Vormundschaft keine Privatangelegenheit mehr, sondern Sache der obervormundschaftlichen Behörden, nämlich der Gerichte.

Das hinterlassene Testament wurde vom Landrechte geöffnet, öffentlich vorgelesen und die Vormundschaft den darin ernannten Vormündern übertragen. Das letztere galt auch für die Verwandten, die sich beim Landrechte zu melden hatten, und für die von Amts wegen ernannten Vormünder[116]). Gleich darauf erfolgte die Vornahme der Inventur, welche in Böhmen unter der Aufsicht des Landrechtes oder der landtäflichen Beamten[117]), in Mähren unter der Obhut des Landeshauptmannes geschah[118]). Von der Vornahme der Inventur befreit waren die väterlichen Vormünder und der älteste Bruder

---

[114]) Kn. Rožm., Art. 188.

[115]) Kn. Drn. St. 47.

[116]) Záp. Žer. I, 60, 101, 249. — Böhm. Landesordnung 1530, Art. 104.

[117]) Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11.

[118]) Záp. Žer. I, 100, 114, 116, 248.

als Vormund[119]). In allen übrigen Fällen war die Errichtung eines Inventars unbedingt nötig, um den effektiven Vermögensstand zu konstatieren. Zu diesem Zwecke begab sich der Vormund mit einem Bedellen (komorník) und unter Zuziehung von zwei Nachbarn auf das Waisengut, wo der Bedell in ein Register neben dem Aktivvermögen die eventuell vorhandenen Passiva (Heiratsgut, Wittum u. s. w.) zusammenstellte. Dieses Register wurde später beim Landtafelamte nötigenfalls ergänzt, dem versammelten Landrechte zur Kenntnis gebracht und bei der Landtafel deponiert, bis zur Mündigkeit des Waisen, wo es die Grundlage der Schlußrechnungslegung bildete[120]).

Mit der Inventur verband man unter Umständen Versiegelung[121]) und in Mähren auch Abschätzung[122]) des Vermögens, die dann die Grundlage für die Höhe der Kaution bildete.

Die Kautionspflicht tritt im böhmischen Rechte ziemlich bald auf; zuerst wurde dieselbe von den Verwandtenvormündern verlangt[123]), dann auf die vom Könige ernannten[124]) Vormünder

---

[119]) Záp. Žer. I, 114, 208; II, 65.

[120]) Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11; Záp. Žer. I, 93, 95, 116, 117, 150, 156, 183, 208, 209, 210, 214, 223, 243, 249, 253.

[121]) Zap. Žer. I, 208.

[122]) Kn. Drn. St. 76; Záp. Žer. I, 117—120.

[123]) Strýc neto teta, kterýž by chtěl v to poručenství vstúpiti, má sirotkám učiniti vedle práva a řádu zemského, aby jim statku jich neumenšoval než raději přivètšoval (. . . . Es soll der Onkel oder die Tante, welcher von ihnen die Vormundschaft übernehmen wollte, den Waisen nach Recht und Ordnung des Landes Kaution leisten, damit ihnen derselbe ihr Gut nicht mindere vielmehr vermehre). Všehrd V, 38, 4. — Aehnlich Všehrd V, 43, 6; Rel. Tab. II, 487; Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11, 21; Landesordnung 1564, Art. f. 54. — Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75; Záp. Žer. I, 94, 165, 167, 210, 213, 214.

Die Kaution wurde nicht immer gleich beim Antritte geleistet, sondern man gab öfters dem Vormunde der sich zur Sicherstellung bereit erklärte, einen Termin dazu. Wurde dann die Kaution in diesem Ter-

erweitert. Frei von dieser Pflicht blieben schließlich nur die sogen. väterlichen Vormünder[125]) und der älteste Brudervormund[126]).

Die Kaution wurde durch Pfand[127]) oder durch Bürgen[128]) oder durch Einlager[129]) geleistet. In Böhmen verband man gewöhnlich Bürgschaft und Pfand in der Weise, daß der Vormund und seine Bürgen ihr ganzes, jetziges und zukünftiges, Vermögen verpfändeten, während in Mähren die Bürgen mit Einlager haftbar waren.

In Böhmen war die Höhe der Kaution nicht ziffermäßig bestimmt, sondern es hing vom Ermessen der Landrechtsbeamten ab, ob sie die angebotene Sicherheit als hinreichend ansehen wollten oder nicht. Die ganze Vermögenshypothek des Vormundes und seiner Bürgen haftete einfach für jeden, den Waisen zugefügten Schaden ohne Rücksicht auf den Wert

---

mine nicht erlegt, so enthob man den Vormund seines Amtes. — (Knížky XIV, Art. 108 und 109.)

[124]) Co společník ot krále vydaný sirotkóm neb poručník moci má? Nic jiného než zaruče dobře před uřadem aby sirotkóm neutratil .... (Was für eine Macht hat der vom Könige den Waisen gegebene Unitor oder Vormund? Nichts anderes, als daß er, nachdem er gut vor dem Amte den Waisen ihr Vermögen sichergestellt hat, damit er es ihnen nicht mindert ....) Ondřej z Dubé, Art. 76. — Všehrd V, 38, 8; 39, 2; 43, 7; Rel. Tab. II, 92, 113, 435; Vlad. Landesordnung, Art. 105; Kn. Tov., Art. 162, 163.

[125]) Ondřej z Dubé, Art. 75; Všehrd V, 38, 41, 43; Vlad. Landesordnung, Art. 105.

[126]) Všehrd V, 38, 3, verglichen mit V, 38, 4 und V, 43, 6.

[127]) .... Si minueret tunc iidem orphani cum camerario Pragensi poterint ipsos impignerare in hereditatibus ipsorum habitis et habendis usque ad plenam perceptionem, quantum se bona ultra dictam summam excrescencia extendant et cum impensis. Rel. Tab. II, 92, ähnlich 435.

[128]) Pro eo (tutore) fideiusserunt ipsimet et cum eis Choral de Choteze omnes in solidum sub pena inpignerationis in hereditatibus ipsorum omnibus habitis et habendis. Rel. Tab. II, 113. — Vgl. Landtafel Troppau. Lib. cit. I, f. 1, b.

[129]) Kn. Tov., Art. 163; Kn. Drn. St. 76.

des Waisenvermögens [130]. Nur ausnahmsweise findet sich hier die Bestimmung, daß der Schaden um ein Dritteil seiner Größe höher gerechnet werde, und daß dieses Dritteil als Strafe (poena) gelte [131].

In Mähren dagegen wurde die Kaution für eine durch die Abschätzung des Waisenvermögens ziffermäßig festgestellte Summe geleistet [132]. Nachdem aber öfters durch Verschulden oder durch Versehen der Beamten diese Summe zu niedrig abgeschätzt wurde, und die Waisen dadurch zu Schaden kamen, indem ihnen die Vormünder nach erreichter Mündigkeit einfach die niedrig abgeschätzte und gesicherte Summe anstatt ihrer höherwertigen Güter auslieferten, so wurde es üblich, entweder den abgeschätzten Wert doppelt [133] oder um ein Dritteil [134] höher zu versichern.

In der späteren Zeit (im 16. Jahrhundert) erfolgte endlich die wirkliche Einführung in den Besitz des Waisenvermögens und die Uebernahme des Gutes vor den Beamten der Landtafel. Wenn sich jemand dieser Einführung widersetzte, so wendete man gegen ihn einen Wehrlosbrief (list obranní) an, wodurch sein Widerstand auch mit Gewalt gebrochen werden konnte [135].

Die Verneuerten Landesordnungen haben die Uebernahme der Vormundschaft noch nicht zu einer Bürgerspflicht gemacht, und deshalb war es auch nicht nötig, Exkusationsgründe an-

[130] Všehrd V, 39, 3; Landesordnung 1549, Art. F. 7.

[131] .... fideiusserunt .... ad plenam percepcionem summe, quantum diminutum fuerit et alienatum, cum tercia parte plus nomine pene et impensarum .... Rel. Tab. II, 113.

[132] Kn. Tov., Art. 163; Kn. Drn. St. 75.

[133] Näher erklärt ist der Grund in Záp. Žer. I, 167. — Kn. Drn. St. 76.

[134] Záp. Žer. I, 150, 213. — Das Formular vom Jahre 1612. Fol. 60a.

[135] Knížky XII, 97, 114.

zuführen. Nur die alte Bestimmung, daß ein Verwandter, der die Uebernahme der Vormundschaft verweigert, den Erbanfall verliert, wurde beibehalten [136]).

In der Art des Antrittes auf die Vormundschaft kam nun das amtliche Element mehr als bisher zur Geltung. Die Sicherstellung sollte durch die Landtafel geschehen. Von derselben waren nur die vom Könige oder vom Gerichte gegebenen Vormünder befreit, da bei ihnen die gesetzliche Generalhaftung ihres ganzen Vermögens dieselbe ersetzte [137]). Auch dem Vater war es erlaubt, dem Vormunde die Sicherstellung nachzulassen [138]). Die Höhe der Kaution bestimmten die Beamten des kleineren Landrechtes nach ihrem freien Ermessen, aber mit Rücksicht auf die Größe und den Wert des Waisenvermögens [139]).

Neu eingeführt wurde die Möglichkeit einer verwandtschaftlichen Vormundschaft ohne Sicherstellung, auf Grund einer juratorischen Kaution, die in einem bloßen vor dem Gerichte geleisteten Eide bestand [140]).

Die Einführung in die Vormundschaft wurde mit der Inventur verbunden [141]). In Böhmen wurde die Inventur von einem Kämmerlinge unter Zuziehung von zwei geladenen Nachbarn aus dem Herrn- oder Ritterstande vorgenommen, und in zwei Exemplaren ausgefertigt, von denen eines beim Gericht deponiert, das andere aber dem Vormunde ausgehändigt wurde. In Mähren ging der Auftrag zur Inventur vom Landeshauptmanne aus, die Durchführung besorgten aber nur zwei Nachbarn und von den zwei ausgefertigten Exemplaren wurde eines beim Gericht, das andere beim Landeshauptmann deponiert.

---

[136]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VI; mähr., Art. 401.

[137]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VI.

[138]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. IV; mähr., Art. 399.

[139]) Deklaratorien vom Jahre 1640, Art. Hh. IX.

[140]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VI; mähr., Art. 401.

[141]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. II; mähr., Art. 397.

Die Außerachtlassung dieser Vorschriften wurde durch Verlust des Erbanfalles und durch Generalhypothek des Vermögens der betreffenden Person bestraft [142]).

Der Vormund mußte von nun an die ordentliche Führung der Vormundschaft durch einen Eid geloben, der in Böhmen in die sogen. Vormundschaftseidesquaterne, in Mähren in die kleineren Quaterne eingetragen wurde [143]).

§ 4.

Die Führung der Vormundschaft.

Der Vormund beschränkte sich im böhmischen Rechte, nicht wie es einst im römischen der Fall war, auf die bloße Erteilung der auctoritas tutoris, sondern er sorgte um das Wohl seines Mündels in jeder Hinsicht. Im einzelnen zeigt sich seine Stellung in folgenden Punkten:

1. In erster Reihe ist die Fürsorge um die körperliche und geistige Entwicklung des Mündels zu nennen. Die Waisen waren in der älteren Zeit wohl immer im Hause des Vormundes, dem, wie schon oben erwähnt wurde, eine Klage auf ihre Herausgabe zukam [144]). Später wurden sie der Mutter, solange sie lebte, zur Erziehung überlassen, wofür ihr ein Entgelt gezahlt wurde [145]). Nur dann, wenn die Mutter nicht mehr lebte oder in moralischer Hinsicht sich als unzuverlässig erwies, war der Vormund auch verpflichtet, die Mündel „zum Guten zu führen und um dieselben noch besser zu sorgen, als um seine eigenen Kinder“ [146]).

---

[142]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. III; mähr., Art. 398.

[143]) Text dieses Eides: Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XX, mähr., Art. 415. — Die erwähnten Eidesquaterne beginnen mit dem Jahre 1642.

[144]) Kn. Rožmb. 188; Formae querel. 24 und 66; Landesordnung 1549, Art. f. 14; Libri citationum (ed. Brandl) I, 98, 404.

[145]) Záp. Žer. I, 95; 117—120.

[146]) O sirotky se věrně starati, je k dobrému vésti, tak jako své dèti vlastní a mnohem pilneji. Vše hrd V, 43, 1.

2. Der Vormund erteilte wie der Vater seine Einwilligung zur Eheschließung des Mündels[147]), aber cum consensu amicorum et cum consilio principis[148]).

Das Nichtbeachten dieser Vorschrift von seiten des Mündels wurde von jeher bestraft. Die Majestas Carolina[149]) bestrafte dasselbe mit dem Verluste des ganzen Vermögens und dem Tode des weiblichen Mündels (vgl. unten S. 409). Die späteren Quellen sprechen nur vom Verluste des Vermögens und besonders des Heiratsgutes[150]).

Gegen die Willkür der Vormünder, die Mündel zu einer Heirat zu zwingen, wurden die Waisen durch den König und das Landgericht geschützt[151]). Doch es kam auch vor, daß

---

[147]) Ruber meint, daß sich diese Bestimmungen nur auf weibliche Mündel beziehen, wohl mit Unrecht, da ja die meisten Quellen (so die wichtige Entscheidung vom Jahre 1497, die in die Landesordnungen übernommen wurde) keinen Unterschied zwischen den Geschlechtern tun.

[148]) Troppau, Lib. cit. I, f. 16.

[149]) Art. 85. — Dafür, daß diese Bestimmung wirklich gegolten hat, spricht eine ähnliche Bestimmung des Ordo judicii terrae (Art. 84 und 85), wornach der Entführer einer Witwe oder einer unverheirateten Tochter durch Enthauptung gestraft werden soll, wenn die Entführung ohne Einwilligung der betreffenden Person geschehen ist; geschah dieselbe aber mit Einverständnis derselben, so wird die Witwe, die selbständig ist, nur mit dem Verluste des Heiratsgutes, die unverheiratete Tochter dagegen samt ihrem Entführer durch Enthauptung bestraft. Auch die Kn. Tov. hat im Art. 165 eine ähnliche Bestimmung: „Takè ač by která děvečka sama se vdala neb bez otcowy neb jíných přátel vuote, neb sirotek bez svých poručníkuov aneb s kým ušla, by pak i mateřina vuole byla, o svůj statek přijde a k čemu právo jmè la, a ten ktož k němu právo jmíti bude, jej vezme a nad niem i nad nie se pomsta stane, jaho obyčej v zemi.“ (Wenn ein Mädchen allein ohne Willen des Vaters und der Verwandten oder eine Waise ohne Willen des Vormundes eine Ehe eingeht oder mit jemanden wegläuft, selbst wenn dies mit Einwilligung der Mutter geschieht, so verliert sie ihr Gut und alle ihre Rechte, die an den Erbberechtigten übergehen, und verfällt samt ihm [dem Entführer] der landesüblichen Rache.)

[150]) Všehrd VI, 7, 6; Rel. Tab. II, 488; Vlad. Landesordnung, Art. 490, 516; Landesordnung 1549, Art. F. 17, 19.

[151]) Majestas Car., Art. 109; Knížky XII, Art. 113.

die Könige reiche Mündel willkürlich verheirateten, und auf diese Weise die Verwandten und Vormünder beschädigten. Deshalb waren einzelne Städte bestrebt, Privilegien, die diese königlichen Eingriffe beseitigen sollten, zu erlangen. Solche Privilegien hatte z. B. im 14. Jahrhundert die Stadt Znaim [152]). Allgemein beseitigt wurden diese Mißbräuche unter dem Kaiser Sigismund, der in seiner Wahlkapitulation vom Jahre 1436 ausdrücklich erklärte: „Wir wollen keine Waisen mehr verheiraten, selbst auf deren Bitte nicht, ohne Wollen der Verwandten und Vormünder" [153]).

Seit der Vladislavschen Landesordnung [154]) verlangte man zur Eheschließung eines Waisen die Einwilligung des Vormundes und der Verwandten, oder die Entscheidung entweder des Königs oder des Landrechtes bezw. des Landeshauptmannes.

In Mähren wurden diejenigen Waisen, die keinen väterlichen Vormund hatten, beim Landrechte „zur Ehe gebeten" [155]).

3. Die wichtigste Sorge des Vormundes war jedenfalls das Erbgut des Mündels. Dieses stand in der älteren Zeit, wo die Vormundschaft noch mehr zu Gunsten des Vormundes, als des Mündels hinzielte, im freien Verfügungsrechte des Vormundes. Als Beleg dafür gelten uns Aufzeichnungen von Veräußerungen des Mündelgutes durch Vormünder, welche ohne alle Formalität geschahen [156]). Später wurde nach und nach dieses Dispositionsrecht dermaßen eingeschränkt, daß es

---

[152]) Codex Moraviae XI, 458 (vom Jahre 1389).

[153]) „Také my nechcem žádných sirotków wdáwati ani k prosbě, qui sic, bez přátelské a poručníków dobré wuole." Archiv Český III, 448.

[154]) Art. 492.

[155]) Záp. Žer. I, 100.

[156]) Als Beispiel diene der Verkauf eines Gerichtes mit der Klausel „und ich obgenannter Jan von Hödicz gelob für mich und die egenanten Kinder meines pruders Sigmund und Zavisch in guten treuen, alles das vor geschrieben stet, stete und veste zu halden an alle Widerrede." (Codex Moraviae XVI, Nr. 22 vom Jahre 1408); ähnlich Pangerl, Urkundenbuch des Stiftes Hohenfurth, Nr. 153 vom Jahre 1372.

schließlich nur den mächtigen, väterlichen Vormündern (mocný poručník) vorenthalten blieb.

Der mächtige Vormund[157]) hatte auch in dieser Hinsicht dasselbe Recht wie der Vater. Er war zwar nach der Volksansicht und dem Willen des Vaters verpflichtet, alles nur zum Besten der Waisen zu tun, ihr Gut nicht zu mindern, sondern eher zu vermehren; da er aber nach beendigter Vormundschaft zur Rechnungslegung nicht verpflichtet war und bloß das Vermögen zu übergeben hatte, so konnte er durch das Gericht in keiner Weise belangt werden, und war also in der Disposition über das Vermögen vollkommen unbeschränkt[158]). Anfangs war ihm wenigstens die Belastung des Mündelgutes durch ein Heiratsgut verboten[159]); später aber fiel auch diese Beschränkung weg und die Vormundschaft präsentierte sich als eine tutela usufructuaria[160]). Der Vormund war sogar zur Errichtung

[157]) Anfangs bis noch zu Andreas von Duba (Art. 75) Zeiten war jeder väterliche Vormund zugleich mächtiger Vormund; später teilte man aber die väterlichen Vormünder in mächtige (mocný) und treue (věrný), je nachdem sie zur Rechnungslegung verpflichtet waren oder nicht, wornach sich auch ihre Dispositionsfähigkeit anders gestaltete. Dem mächtigen Vormunde wurde eine Sonderstellung zu teil, während der treue den anderen Vormündern gleichgestellt war. (Všehrd V, 35, 36; Kn. Tov., Art. 98; Kn. Drn. St. 74.)

[158]) Všehrd V, 35, 5; Kn. Tov., Art. 98; Kn. Drn. St. 74. Wirkliche Veräußerungen ähnlicher Art in Codex Moraviae IX, Nr. 335 vom Jahre 1364, in der Landtafel Brünn VI, 620, Olmütz I, 689; II, 204.

[159]) Ondřej z Dubé, Art. 75; Všehrd V, 36, 2. — „Pater commissarius aliquorum orphanorum in hereditatibus orphanorum eorundem dotare non potest, sed potest eandem obligare uel uendere,“ Officium circa tabulas, Nr. 179.

[160]) „Philip de Jacubow nomine tutorio orphanorum domini Arcleby de Heraltycz domino Boczoni et eius fratribus de Gewyssowycz quidquid habent dicti pueri in villa Cupczicz cum pleno iure et singulis pertinenciis siluis pratis pascuis in CXXVIII marcis racione dotalicii obligacio,“ Landtafel Brünn II, 98. Aehnlich Brünn IV, 369; Olmütz I, 51; Rel. Tab. I, 560. Vgl. Knížky XII, Art. 78, 81; Troppauer Kaufquaterne III, F. 9, IV, F. 4.

einer fideikommissarischen Erbverschreibung befugt[161]. Jedenfalls konnten durch den Vater bei seiner Ernennung gewisse Einschränkungen statuiert werden[162].

Die übrigen Vormünder[163] hatten zu jeder Disposition über die Substanz des Gutes die Einwilligung des Königs und des Landrechtes nötig, die nur aus triftigen Gründen, hauptsächlich wegen Ueberschuldung erteilt wurde[164]. In Böhmen konnte der Vormund selbst nach dieser Einwilligung das Gut nicht veräußern, sondern der Mündel, nachdem er vom König „zeitlich" (na čas) für mündig erklärt worden war, vollzog das Rechtsgeschäft und kehrte dann wieder unter die vormundschaftliche Obhut zurück[165]. In Mähren war diese lange Prozedur nicht üblich, denn das Geschäft und die Eintragung besorgte einfach der Vormund oder der Landeshauptmann[166].

Das gegen diese Vorschrift abgeschlossene Rechtsgeschäft war nicht nichtig, sondern nur in der Verjährungsfrist (léta zemská — 3 Jahre 6 Wochen von der Mündigkeit des Waisen gerechnet) anfechtbar. Ließen die Waisen diese Frist unbenutzt verstreichen, so trat die Verjährung ihres Rechtes ein[167].

---

[161]) Vgl. Kapras, Das Pfandrecht im altböhmischen Landrechte. Z. f. v. R.-W. XVIII, St. 26.

[162]) Rel. Tab. II, 519.

[163]) Eine Zeitlang nahm der ältere Bruder als Vormund in dieser Hinsicht eine Sonderstellung ein, da ihm das freie Dispositionsrecht zuerkannt war. (Ondřej z Dubé, Art. 117; Kn. Tov., Art. 98; Troppauer Kaufquaterne I, F. 35.) Später wurde aber auch er den übrigen Vormündern gleichgestellt. (Kn. Tov. 150; Landesordnung 1516, Art. XVI; Landesordnung 1530, Art. 166; Landesordnung 1549, Art. F. 23.)

[164]) Rel. Tab. I, 151; Vlad. Landesordnung, Art. 485, 502; Landesordnung 1549, Art. F. 16; Landesordnung 1564, Art. F. 57; Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75; Knížky XIV, Art. 122.

[165]) Všehrd V, 45, 1; Rel. Tab. II, 316, 327, 420.

[166]) Landtafel Olmütz X, 820.

[167]) Rel. Tab. I, 125, 130; II, 66, 522; Vlad. Landesordnung, Art. 222; Landesordnung 1549, Art. E. 39; Landesordnung 1564, Art. D. 41; Knízky XIV, Art. 114; Lib. cit. I, 292.

Deshalb gelobten die Vormünder beim Kaufvertrag des Waisengutes immer die Gewährleistung für diese Frist [168]).

4. Mit dem vorhandenen baren Gelde wurden zuerst die Schulden, Forderungen, Heiratsgüter u. s. w. ausgeglichen. Der Rest wurde zugleich mit anderen Mobilien dem Vormunde übergeben, welcher verpflichtet war, darüber ein separates Verzeichnis zu machen [169]). In Mähren fiel die Sorge um die Mobilien dem Landeshauptmann zu [170]).

Die Waisengelder durften nur gegen eine gute Hypothek ausgeliehen werden [171]).

5. In der älteren Zeit waren die Verbindlichkeiten, die von den Unmündigen ohne Willen ihres Vormundes eingegangen waren, wenigstens insoferne gültig, daß sie nach Beendigung der Vormundschaft gerichtlich gefordert werden konnten. Erst der Landtagsbeschluß vom Jahre 1543, der in die späteren Landesordnungen übernommen wurde, hat solche Schulden und Verbindlichkeiten für null und nichtig erklärt [172]).

Regelmäßig besorgte also der Vormund alle Rechtsgeschäfte seines Mündels. Er schloß allfallsige Verträge [173]), nahm die zahlbaren Schuldbeträge in Empfang und bezahlte die fälligen Schulden [174]), was aus den Einkünften und nur in Ermange-

---

[168]) Arnust de P. pater commissarius .... (verkauft) .... hereditatem ipsorum orphanorum .... Eandem hereditatem ei debent et fideiubent disbrigare ipsam et Arnust, C. S. et B .... omnes in solidum a quolibet homine, et nominatim ab ipsis orphanis usque ad annos ipsius orphaniles. Et postquam ad annos ipsorum legitimos pervenerint, post hoc per tres annos et C. septimanas iure terre. Rel. Tab. I, 422.

[169]) Vlad. Landesordnung, Art. 105, 484; Landesordnung 1549, Art. F. 11.

[170]) Záp. Žer. I, 223.

[171]) Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. 75; Lib. cit. I, 208; VI, 49, 97; böhm. Landesordnung 1549, Art. F. 18.

[172]) Landesordnung 1564, Art. J. 67.

[173]) Rel. Tab. II, 367.

[174]) Rel. Tab. II, 300, 325, 453, 487. — Lib. cit. I, 291; V, 327; Knížky III, Art. 56, 87; XII, Art. 91.

lung dieser aus dem Kapital geschehen sollte[175]. Vor allem aber führte der Vormund die bereits vom Vater begonnenen Rechtsgeschäfte zu Ende[176].

War das Vermögen überschuldet, so wurde dasselbe auf Grund eines Landrechtsbeschlusses verkauft. Um die Bewilligung zum Verkaufe desselben anzusuchen, waren legitimiert: in Böhmen die nächsten Verwandten, die Bürgen und Gläubiger[177], in Mähren der Landeshauptmann[178]. Solange das Gesuch nicht erledigt war, konnten die Gläubiger ihre Schuld nicht fordern. Nach erfolgtem Verkaufe wurden die Schulden verhältnismäßig befriedigt. Es sind aber auch Fälle bekannt, wo das väterliche Vermögen den Gläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen bar ausgeliefert und preisgegeben wurde. In diesem Falle sorgten die Vormünder nur um die Person des Mündels[179].

6. Mit der Zeit hat sich der Grundsatz entwickelt, daß der Vormund verpflichtet war, den Mündel aktiv und passiv vor Gericht zu vertreten.

In der ältesten Zeit genossen die Waisen vor dem Gerichte einige Vorrechte, deren Inbegriff als das „Waisenrecht" (právo sirotčí) bezeichnet wurde. Der wichtigste Bestandteil dieses Waisenrechtes war das Recht, statt der vorgeschriebenen Ordale oder des Eides mit Eideshelfern sich durch einen schlichten Eid zu reinigen[180]. Im Rosenberger Rechtsbuch findet man von einer Vertretung noch keine Spur.

---

[175]) Rel. Tab. I, 375.

[176]) Codex Moraviae XIII, Nr. 467; Landtafel Olmütz I, 328.

[177]) Vlad. Landesordnung, Art. 491; Landesordnung 1549, F. 18; Landesordnung 1564, Art. J. 60.

[178]) Kameníček, Sněmy II, 145.

[179]) Záp. Žer. I, 117, 166, 209, 213, 223.

[180]) „Ten sě otpřisez sám swú rukú, to je sirotčím právem" (Der soll sich durch seinen Eineid reinigen, das ist Waisenrecht). Rožm. kn., Art. 128, ähnlich Art. 72, 117, 128, 123, 129. — In den ältesten libri citationum heißt est .... conqueritur iure orphanorum .... (Rel. Tab. I, 5, 6, 7).

Nach dem Ordo iudicii terrae[181]) wird der Waise vor dem Gericht durch den nächsten Blutsverwandten vertreten und diese Vertretung als Waisenrecht bezeichnet, welches jedoch dem Waisen nicht ohne weiteres zukam, sondern für ihn ausdrücklich vorbehalten werden mußte; die Erklärung davon mußte in die Landtafel eingetragnn werden.

Wo dieses Verfahren nicht eingehalten wurde, da blieb die Gültigkeit des Rechtes aus, denn die bloße stillschweigende Hinnahme glich dem Verzichte auf das Recht. Die interessante Stelle lautet:

Siquis annos legitimos aetatis suae nondum habens, aliquem pro capite patris sui vel matris, vel alicuius amici sui propinqui citare voluerit, in ipsa causa procedendo semper nominet et scribat se esse orphanum (im böhmischen Texte — ve dsky píše); et advocatus ipsius orphani quando litigabit, in iudicio excipiet et muniet ipsi actori ius orphanile. Quod si non faceret, tunc citatus requirens ab actore „si ejus verbum sit, quod dixit ejus advocatus contra eum“ dicet ad beneficiarios: „procedit ecce contra me in causa capitis tamquam vir et aetatem virilem habens, non jus orphanile excipiens nec nominans orphanum ipsum; unde si procedetur amplius in causa hac ipsa, non debet uti jure orphanili, nec procedere contra me sicut orphanus, sed tamquam vir aetatem habens“ et hoc sibi per barones inveniri debet, ut pro eo careat jure orphanili. — Si vero per ipsum advocatum suum ipse actor sit munitus, tempore quo vult scamna judicii intrare et plicas percutere debet cum citato, pro eodem orphano amicus suus quicunque intrare poterit et procedere in causa usque ad duellum. Eo vero duellare volente, idem amicus velalius quicunque, de manu orphani gladium et clypeum recipere potest, et pro eodem orphano contra suum adversarium licite duellare.

Also beim Vorbehalt des Waisenrechtes führte ein beliebiger Verwandter den Prozeß an Stelle des Waisen bis zum

---

181) Art. 24. — Aehnlich ist für die Jungfrau bestimmt im Art. 31.

Zweikampf. Beim Zweikampf selbst tritt wieder der Waise in eigener Person auf, indem er zum Zeichen, daß der Zweikampf für ihn gekämpft wird, seinem Verwandten die Waffen reicht.

Dasselbe erwähnt auch Andreas von Duba[182]), nur nennt er anstatt des Blutsverwandten überhaupt einen Schwertmagen. Im Art. 75 wird dann noch selbst vom väterlichen Vormunde besonders betont, daß er den Waisen bis zu ihrer Mündigkeit vor dem Gericht nichts verlieren kann[183]), da die Waisen im Falle eines Verlustes nach Erlangung der Mündigkeit, wenn sie die Verjährungsfrist (3 Jahre und 6 Wochen von der Mündigkeit gerechnet) nicht versäumt hatten, alles wieder gut machen durften.

Im 15. Jahrhundert kam es langsam zu einer allgemeinen Vertretung des Waisen durch den Vormund in allen Gerichtsangelegenheiten[184]). Der Mündel konnte von nun an vor dem Gericht überhaupt nicht auftreten, außer wenn gegen ihn die Klage wegen Mord oder Tötung verhandelt wurde[185]). Die Fälle, in denen der Vormund den Waisen vor dem Gericht vertrat, waren gerade so mannigfach, wie die Gerichtsfälle überhaupt[186]). Jedenfalls mußte sich der Vormund legi-

[182]) Art. 13.

[183]) „Ani jim kterým pohonem do jich let co ztratiti."

[184]) Všherd III, 7, 15; V, 35, 36; Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11; Landesordnung 1564, Art. C. 36, 37; Knížky XII, Art. 80; Kn. Tov., Art. 222.

[185]) Orphani non habentes annos non tenentur respondere, nec debent citari. Et si citantur et excipiunt dicendo se annos non habere, datur eis terminus ad docendum, si eis eodem non docent perdunt (Art. 66). — Actor non habens annos legitimos citare non potest, nisi rex sibi de plenitudine potestatis det annos (Art. 126). — Officium circa tabulas. — Aehnlich Knížky II, Art. 11; XIV, Art. 122.

[186]) Der Vormund klagt an Stelle der Waisen: Rel. Tab. I, 187, 218; wo es sich handelt um Herausgabe des Gutes: Lib. cit. VI, 7, 75; Rel. Tab. I, 291; II, 322; Bürgschaft: Lib. cit. VI, 85; Rel. Tab. II, 51; um Faustpfand: Lib. cit. VI, 21; Gewährleistung: Lib. cit. I, 118; VI, 85; Heiratsgut: Lib. cit. I, 307; Schuld: Troppauer, Lib. cit. I, F. 3a;

timieren [187]) und ausdrücklich als Vormund (sicut tutor, jaho poručník) auftreten [188]). Es sei noch bemerkt, daß die Waisen das Vorrecht hatten, bei Klagen um ein Gut nur einmal zu belangen, während allen übrigen Parteien noch zu Všehrdszeit eine dreimalige Belangung nötig war [189]).

Wenn der Mündel im Laufe des Prozesses, aber erst nach erfolgter Belangung, mündig wurde und vom Vormunde sein Gut ausgeliefert bekam, so war der Vormund trotzdem verpflichtet, den Prozeß weiter zu führen, wenn er rechtmäßig mittels eines vom Landtafelamte ausgestellten Schreibens vom Mündel die Uebernahme des Prozesses nicht erlangt hatte [190]). War der Vormund ein väterlicher, so konnte er, ohne die Entscheidung des Gerichtes abzuwarten, einen gerichtlichen Ausgleich abschließen [191]).

Nach der günstigen Beendigung des Prozesses bezahlte der Vormund die üblichen Taxen (pomocné) [192]), und führte die weitere Exekution des Urteiles durch [193]). Nach dem ungünstigen Erfolge des Prozesses war gegen den Vormund eine Exekution nur dann zulässig, wenn es ein mächtiger Vormund

---

Schadenersatz: Lib. cit. I, 188, 249; V, 307, 352; VI, 220; Rel. Tab. VI, 281; Ehrenbeleidigung: Rel. Tab. I, 327.

Der Vormund wird an Stelle der Waisen belangt und Gegenstand der Belangung ist: ein Gut: Lib. cit. I, 23; V, 289; Zinszahlung: Rel. Tab. I, 269; Gewährleistung: Rel. Tab. I, 574; Schadenersatz: Lib. cit. V, 381, 447; VI, 172, Rel. Tab. F. 280, 294; Schuld: Lib. cit. I, 251, 253; Troppauer Lib. cit. I, F. 5 b; Pfand: Rel. Tab. I, 349; Teilung: Lib. cit. VI, 277.

Aehnliches geschah auch beim Kammer- (Archiv Český IV, 280) und Hofgerichte (Archiv Český I, 433).

[187]) Rel. Tab. I, 199.

[188]) Rel. Tab. I, 376; Knížky XII, Art. 61; Troppauer Lib. cit. I, F. 9 a.

[189]) Officium circa tabulas, Art. 18; Všehrd III, 22, 3.

[190]) Rel. Tab. I, 375.

[191]) Rel. Tab. I, 185.

[192]) Lib. cit. I, 213.

[193]) Lib. cit. V, 463.

war[194]. Seit dem 15. Jahrhundert konnte jedoch ein jedes Urteil gegen den Vormund exequiert werden[195].

Mit den Prozeßvorrechten eines Waisen hängt es auch zusammen, daß die Verjährung seiner Rechte während seiner Unmündigkeit gehemmt wurde[196].

7. Der Vormund haftete für jeden durch sein Verschulden oder Versehen dem Mündel verursachten Schaden, war aber nicht verantwortlich für zufällige Verluste und Schäden, welche die Waisen trafen[197]. Dagegen wurden die Mündel, wenn ihr Vormund z. B. wegen Hoch- oder Landesverrat seiner Güter für verlustig erklärt wurde, in keiner Weise dadurch getroffen[198].

Jährliche Rechnungslegung über Schaden und Verluste fand regelmäßig nicht statt[199].

---

[194] Posideus aliquos orphanos, si citatur pro hereditatibus illorum orphanorum, perdere eiusden non potest, antequam orphani legitimam proveniant ad aetatem. — Officium circa tabulas, Art. 146. — Barones adinuenerunt, quod nullus debet ducere super hereditatem in H, quia est dotalis hereditas et orphanorum, Rel. Tab. I, 10. — Aehnlich Ondrěj z Dubé, Art. 75.

Dagegen schon Rel. Tab. I, 191: .... camerarius fuit in monicione apud E .... commissariam paternam orphanorum dicti F .... et possessorem hereditatum dictorum orphanorum, juxta dominorum beneficiariorum inuentionem et post ius obtentum .... und Lib. cit. VI, 156 .... per officiales minoris ezude inducta est honesta mulier .... in et super villa D .... bona hereditaria domini F ...., equos meo tamquam potenti commissario bonorum et orphani olim domini A .... jure terresti obtinuit occassione cuius dans debiti per dictum dominum A ....

[195] Všherd V, 36, 1; Vlad. Landesordnung, Art. 105.

[196] Všherd VI, 17, 19; VII, 38; Knížky XIV, Art. 121.

[197] Rel. Tab. I, 584; Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11; Landesordnung 1564, Art. F. 54.

[198] Vlad. Landesordnung, Art. 501.

[199] Nur in Troppau kommen solche Fälle vor. So. Troppauer, Lib. cit. I, F. 1, 6.

8. Ein Erbrecht gegenüber dem Mündel hatte der Vormund nur dann, wenn er ein Verwandter war, oder wenn es ihm vom Vater oder vom Könige besonders gegeben wurde. Diese Erteilung geschah öfters nur deshalb, um die betreffende Person zur Uebernahme einer schwierigen Vormundschaft, zu der niemand rechtmäßig gezwungen werden konnte, zu bewegen. Der König tat dies gewöhnlich in Form einer Unio, der Vater durch Erbverschreibung [200]).

Nur die in Mähren übliche Nachbarvormundschaft brachte ohne weiteres das Erbrecht mit sich [201]).

Die Nichtannahme einer Vormundschaft hatte freilich in allen Fällen den Verlust des Erbrechtes zur Folge [202]). Wenn aber der Berufene zur Annahme zwar bereit war, aber die nötige Kaution nicht geben konnte, so blieb ihm doch das Erbrecht bewahrt [203]).

9. Die vormundschaftliche Gütergemeinschaft (unio, spolek), welche Vormundschaftsart besonders die Könige gleich ursprünglich für den Waisen bestimmten [204]), oder in der Art, daß sie eine andere bereits bestandene Art durch sie ersetzten oder zu ersetzen erlaubten [205]), führte den Verlust des Erbrechts für die Verwandten des Waisen mit sich und wurde deshalb in Böhmen schon im Jahre 1406 untersagt [206]). Die einseitige

---

[200]) Všehrd VI, 33; Rel. Tab. II, 519; Kn. Drn. 74; Kn. Tov., Art. 98. — Vgl. Kapras, Das Pfandrecht, S. 26.

[201]) Kameníček, Sněmy II, 143.

[202]) Všehrd V, 33; Rel. Tab. II, 487; Landesordnung 1549, Art. F. 21; Záp. Žer. I, 150, 214.

[203]) Záp. Žer. I, 133, 167.

[204]) Rel. Tab. I, 125, 470, 556, 560, 587, 606; II, 17, 46, 92, 113, 130, 136, 299, 435. — Landtafel Olmütz XI, 20, 31, 265. Brünn XII, 285, 756.

[205]) Rel. Tab. II, 316.

[206]) Nach Knížky XIV, Art. 31, später Všehrd V, 42, 1; VI, 18; Vlad. Landesordnung, Art. 483; Landesordnung 1549, Art. F. 15; Landesordnung 1564, Art. F. 56. — Besonders der Art. XV der Wahlkapitulation des Königs Sigmund aus dem Jahre 1436. (Archiv Český III, 448.)

Gemeinschaft, in welcher der Vormund seinen Mündel in Gütergemeinschaft aufgenommen hatte, blieb auch weiterhin mit Erlaubnis des Königs in Kraft, da dadurch keine Eingriffe in die Rechte der Verwandten geschahen [207]). In Mähren blieben dagegen die Uniones beider Arten ihrem ganzen Umfange nach in voller Geltung [208]).

Die Union dauerte in allen Fällen nur bis zur Mündigkeit des Waisen. Der Vormund war darin in der Disposition über das Vermögen zwar beschränkt [209]), hatte aber den Erbanfall statt des königlichen Heimfalles [210]).

10. Bei der väterlichen Vormundschaft kam es besonders in Böhmen häufig vor, daß mehrere Personen zu derselben berufen wurden. Das gegenseitige Verhältnis dieser Mitvormünder konnte vom Vater selbst geregelt werden, und zwar entweder so, daß dem einen dieser Vormünder eine größere Macht zukam als den übrigen [211]), oder so, daß alle gleiche Befugnisse hatten [212]), was gewöhnlich eintraf, wenn der Vater nicht anders angeordnet hatte. In diesem Falle traten sie solidarisch auf, sowohl in der Erziehung des Mündels als auch in der Verwaltung seines Gutes [213]). Die Klagen lauteten gegen

---

[207]) Všehrd VI, 15; Vlad. Landesordnung, Art. 499.

[208]) Kn. Tov., Art. 160; Kn. Drn. St. 74.

[209]) . . . . quod bona et hereditates ipsorum orphanorum minuere et minovare non poterit nec debebit, sed potius augere. Formae literarum apud tabulas (Jireček, Codex II, 2, 290). — Knížky XVI, Art. 27.

[210]) Ondřej z Dubé, Art. 76.

[211]) Et huius modi testamenti executores et heredes mei ac bonorum que sibi relinquo, tutores amicos meos specialissimos. R. Z. et J. cives Pragenses quemlibet eorum in solidum ita tamen, quod ipse R. sit principalis et precipuus in hac parte et eo non extante Z. — Tadra Summa Gerhardi N. 99.

[212]) . . . . quod omnes pueros suos commisit et committit potenter J. et A., sic quod unus sine alio in alienatione et distractione bonorum et hereditatum nichil facere poterit, sed ambo vel omnes simul et concorditer . . . . Formae literarum N. 4.

[213]) Všehrd V, 38, 12; Knížky XII, Art. 82; Lib. cit. V, 425.

alle [214]) und gingen von allen [215]) gemeinschaftlich aus. Wenn einer der Mitvormünder seine Zustimmung zur Klage verweigerte, und das Gericht diese Weigerung als dem Mündel schädlich anerkannte, so wurde der Betreffende seines Vormünderamtes enthoben. — Die Mitvormünder waren einander jährlich zur Rechnungslegung verpflichtet [216]). Starb ein Mitvormund, dann mußten seine Erben die vormundschaftliche Rechnung mit den übrigen Vormündern ausgleichen [217]).

Die Verneuerten Landesordnungen haben vor allem die Bestimmung gebracht, daß die Waisen nur katholisch erzogen werden dürfen [218]).

Die Wegnahme und Zurückhaltung eines Waisen wurde als Entführung bestraft [219]). Im Streite um den Erziehungsort wurde sumariissime entschieden [220]).

Zur Eheschließung war die Einwilligung der Blutsverwandten und des Vormundes nötig. Gegen die grundlose Verweigerung dieser Einwilligung, sowie gegen jeden Zwang zur Ehe wurden die Waisen durch das Gericht geschützt, welches auch die Waisen bestrafte, falls sie diese Vorschrift übertraten [221]). Ehen eines Mündels mit einem Akatholiken waren ausgeschlossen [222]).

---

[214]) Rel. Tab. II, 344; Vlad. Landesordnung, Art. 68, 69; Landesordnung 1530, Art. 68, 69; Landesordnung 1549, Art. D. 20, 21; Troppauer, Lib. cit. I, F. 4 a.

[215]) Vlad. Landesordnung, Art. 69.

[216]) Rel. Tab. I, 374; Knížky XII, Art. 116.

[217]) Entscheidung des Gerichtes vom Jahre 1472. (Archiv Český IV, 264.)

[218]) Declaratorien Hh. XI. — Diese Forderung wurde zuerst vom Kardinal Ditrichstein im Jahre 1621 in der Wiener Konferenz aufgestellt als Mittel zur Förderung des Katholizismus. — (Kameníček II, 543.)

[219]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. M. XXXI; mähr., Art. 380.

[220]) Declaratio Hh. XI.

[221]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. M. XXVII—XXX; mähr., Art. 376—379, 407.

[222]) Declaratorien Hh. XI.

In der Frage der Vermögensverwaltung haben die Verneuerten Landesordnungen keine Aenderungen gebracht. Die Veräußerung des Mündelgutes war nur mit Genehmigung des Königs oder des Landrechtes wegen Ueberschuldung erlaubt [223]. Bares Geld sollte auf Zinsen angelegt oder zu andern guten Zwecken verwendet werden [224]. Die Vormünder vertraten die Mündel aktiv und passiv bei Verträgen und vor Gericht [225]. Die Haftung des Vormundes für einen verschuldeten Schaden ist präzisiert, für einen zufälligen war sie ausgeschlossen [226]. Gegen jede Unrechtmäßigkeit des Vormundes konnte der Mündel oder einer seiner Blutsverwandten beim Landrechte Klage erheben [227].

Im Laufe der Vormundschaft durfte sich der Vormund vom Mündel keine Vorteile einräumen lassen [228]. Er bekam aber für seine Mühe eine Belohnung, welche bei Einkünften bis zu 20000 Pfund ein Sechstel derselben betrug. Bei größeren Einkünften des Mündels war es dem Könige vorbehalten zu entscheiden, ob dem Vormunde mit Hinsicht auf seine größere Mühe auch aus dem Ueberschusse dieser Summe ein Sechstel zu gewähren wäre [229].

§ 5.

Die Beendigung der Vormundschaft.

Die Beendigung der Vormundschaft war entweder eine a b s o l u t e, wo ein jeder Vormund wegfiel, oder eine r e l a t i v e, wo die Person des Vormundes durch eine andere ersetzt wurde. Absolutes Ende der Vormundschaft wurde herbeigeführt durch:

---

[223]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VIII; mähr., Art. 403.
[224]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. IX; mähr., Art. 404.
[225]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VII; mähr., Art. 402.
[226]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. X; mähr., Art. 405.
[227]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XI; mähr., Art. 406.
[228]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XVII; mähr., Art. 412.
[229]) Declaratorie Hh. X.

1. die Mündigkeit des Mündels,
2. die Erteilung der venia aetatis an denselben,
3. den Tod des Mündels.

Relativ wurde die Vormundschaft beendigt infolge

1. der Mündigkeit des ältesten von den Mündeln[230]). In Böhmen besonders während der späteren Zeit ging auf sein Verlangen die Vormundschaft über unmündige Geschwister auf den mündig gewordenen ältesten Bruder ohne weiteres über, auf die mündig gewordene älteste Schwester nur dann, wenn kein Bruder oder Onkel da war[231]). Diese Schwestervormundschaft hörte mit der etwaigen Verehelichung der Vormünderin sogleich auf und wurde entweder auf den gewesenen[232]) oder einen neuen[233]) Vormund übertragen.

2. des Todes des Vormundes,

3. der Absetzung des Vormundes von der Vormundschaft durch den König oder durch das Landrecht und zwar wegen schlechter Vormundschaftsführung, besonders aber wegen Mißwirtschaft mit dem Mündelvermögen[234]),

4. des Hoch- und Landesverrates des Vormundes[235]),

---

[230]) A dále jeho (poručnika) moc netrvá, než do let sirotka prvnieho neb ten leta maje, ihned jest bližší poručenství nežli onen deskamí. (Und länger dauert seine — des Vormundes — Macht nicht, als bis zur Mündigkeit des ersten Waisen, denn dieser ist, nachdem er mündig geworden, sogleich der Vormundschaft näher als jener landtäfliche Vormund.) Ondřej z Dubé, Art. 75. — Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11, 12; Landesordnung 1564, Art. J. 55.

[231]) In der älteren Zeit machte man diesen Unterschied nicht (Ondřej z Dubé, Art. 75; Všehrd V, 37, 6 mit Berufung auf die erbrechtliche Gleichstellung der Geschlechter nach dem Majestätsbriefe des Königs Johann.) — Die späteren Quellen machen aber alle ohne Ausnahme diesen Unterschied. Rel. Tab. II, 184, 344; Knížky XIV, Art. 109; Vlad. Landesordnung, Art. 105.

[232]) Landrechtsentscheidung vom Jahre 1465 in Rel. Tab. II, 345.

[233]) Landrechtsentscheidung aus dem Jahre 1494 in Rel. Tab. II, 151.

[234]) Všehrd V, 39; Knížky XII, Art. 112.

[235]) Rel. Tab. I, 556; Vlad. Landesordnung, Art. 105.

5. der Wiederverehelichung der Vormünderin [236]),

6. der Untauglichkeit des Vormundes, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen [237]),

7. der vor der Landtafel durchgeführten Zurücktretung des väterlichen Vormundes, oder derartiger Uebertragung dieser Vormundschaft auf eine andere Person [238]).

Nach Beendigung der Vormundschaft entstand für den Vormund die Pflicht zur Rechnungslegung und Herausgabe des Waisenvermögens.

Von der Rechnungslegung waren befreit:

1. die mächtigen, väterlichen Vormünder [239]); obzwar auch ihnen wenigstens über das bare Geld eine Rechnung dem Mündel zu legen ratsam war [240]). Der treue, väterliche Vormund dagegen war zur Rechnungslegung verpflichtet [241]),

2. die Vormünder aus einer vom Vater begründeten Unio [242]). Die vom Könige in dieser Form gegebenen Vormünder hatten dagegen die Pflicht, die Rechnung abzulegen,

3. im neueren Rechte diejenigen Vormünder, denen die Rechnungslegung vom Mündel selbst nachgelassen war [243]).

---

[236]) Gewöhnlich enthält schon die Berufung der Witwe zur Vormundschaft die Klausel „quousque statum suum viduitatis mutauerit". Rel. Tab. II, 402, 436; Landtafel Brünn XII, 740; Olmütz X, 674; Troppauer Kaufquaterne I, F. 18, 19.

[237]) Landesordnung 1549, Art. F. 4.

[238]) Benessius de Nepichonicz jus suum commissionis ipsius contingens in toto dimisit Jessconi de Zlunicz potenter, ita quod solus amplius nullum jus habet. Rel. Tab. I, 458; ähnlich I, 185.

[239]) Rel. Tab. II, 519; Knížky XII, Art. 81; Vlad. Landesordnung, Art. 496; Landesordnung 1549, Art. F. 20; Landesordnung 1567, Art. J. 61; Kn. Tov., Art. 98, 160; Kn. Drn. St. 47, 74.

[240]) Knížky XII, Art. 115.

[241]) Kn. Tov., Art. 98; Kn. Drn. St. 47.

[242]) Kn. Tov., Art. 160; Kn. Drn. St. 74.

[243]) Knížky XII, Art. 103 (eine Entscheidung vom Jahre 1499). Ruber erwähnt bei dieser Gelegenheit auch den älteren Bruder (Vormundschaft 77). In der älteren Zeit war dies wohl der Fall. Nachdem

Alle übrigen Vormünder mit Inbegriff des mährischen Landeshauptmannes waren zur Rechnungslegung über alle Einkünfte und Auslagen aus der Zeit der Vormundschaft verpflichtet, ausgenommen der kleinen zur gewöhnlichen Wirtschaftsführung nötigen Einkünfte und Auslagen[244]). Die Rechnungslegung geschah in Böhmen vor den kleineren Landesbeamten[245]), in Mähren vor dem Gericht und dem Landeshauptmanne oder vor deren Stellvertretern[246]).

Das Waisengut nach beendeter Vormundschaft herauszugeben war eine allgemeine Pflicht aller Vormünder. — Machte der Vormund darin Schwierigkeiten, oder weigerte er sich sogar dieser Pflicht nachzukommen, so wurde er durch einen Vorladungsbrief (list obesílací) vors Landgericht beschickt; und wenn er selbst diesem Befehle nicht nachgekommen und vor dem Gericht nicht erschienen war, so wurde der Waise durch einen Wehrlosbrief (list obranný) in den Besitz aller Güter des Vormundes und seiner Bürgen eingeführt[247]). In Mähren, wo man die Sicherstellung durch Bürgen und Einlager anzuwenden pflegte, trat das letztere in Wirksamkeit[248]). Außerdem hatte der Landeshauptmann das Recht, wo immer die nötige Summe auf Namen des Vormundes zu leihen, und den Waisen zu bezahlen[249]).

---

aber später (Andreas von Duba, Art. 117) die freie Disposition über das Vermögen demselben entzogen wurde (Kn. Tov., Art. 150; Landesordnung 1530, Art. 166) und Všehrd den älteren Bruder bei der Rechnungslegung nicht ausdrücklich von dieser Pflicht ausnimmt (V. 43 und V. 51), ist wohl für spätere Zeit die Pflicht des älteren Bruders zur Rechnungslegung als vorhanden anzunehmen. Ausdrücklich ist sie dann in der Verneuerten Landesordnung statuiert.

[244]) Všehrd V, 41, 2; Knížky XII, Art. 76.

[245]) Rel. Tab. I, 260.

[246]) Kn. Tov., Art 162; Kn. Drn. St. 75.

[247]) Všehrd VIII, 18 und 22; Rel. Tab. I, 374, 392; Knížky XII, Art. 111.

[248]) Brandl, Glossarium 126.

[249]) Ruber, Vormundschaftsrecht 79.

Jedenfalls stand dem Waisen auch der längere Weg der gewöhnlichen Klage gegen den Vormund offen[250]).

Wenn der Vormund mit der Herausgabe des Vermögens längere Zeit zögerte, so war er verpflichtet, den dieszeitlichen Nutzgenuß zu ersetzen[251]). Andererseits sollte aber auch der Mündel sofort nach erlangter Mündigkeit die Herausgabe seines Vermögens fordern, da ihn widrigenfalls jeder durch seine Verzögerung verursachte Schaden traf[252]).

Nach durchgeführter Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens an den Waisen konnte der Vormund von diesem die Quittierung in Form gerichtlicher Danksagung (děkování) verlangen[253]). Der väterliche Vormund brauchte die Danksagung nicht[254]). Ueber die vorgenommene Danksagung wurde eine Urkunde[255]), oder eine landtäfliche Eintragung[256]) (besonders in Böhmen) errichtet. Nach vorschriftsmäßig durchgeführter Danksagung hörten alle gegenseitigen Ansprüche sowohl des Vormundes als auch des Mündels auf[257]).

---

[250]) Rel. Tab. I, 265; Lib. cit. V, 278; Záp. Žer. I, 264.

[251]) Knížky XII, Art. 84.

[252]) Knížky XIV, Art. 112; Všehrd V, 43.

[253]) Všehrd VI, 25; mähr. Landesordnung 1520, Art. V.

[254]) Všehrd VI, 26, 3.

[255]) Aehnliche Urkunden findet man in Archiv Český I, 147 aus dem Jahre 1419, und in Kn. Tov. St. 155 und 156 (ed. Demuth).

[256]) Všehrd VI, 26, 1; Rel. Tab. II, 114. — Henzlinus de Chrudimi dictus Gugelweit pater commissarius et tutor orphanorum olim Girzikonis dicti Roznowski et de Chrudimi protestatus est . . ., quia Bietcze filie olim dicti Girzikonis Roznowski ibidem de hereditatibus suis paternis et hereditariis in Trzti, in Lhotic in Rozhowiczich, in Wlcznowie et in Kocziczi curiis rusticalibus cum censu agris, pratis et omni libertate . . . . ita prout olim Jirziko pater dicte Bietcze tenuit et habuit eidem Bietcze condescendit plene et in toto, et ipsa Bietha regratiatur sibi tamquam bono et pio patri commissario de omni bono quod ad eam fecit juste et recte tamquam bonus et justus pater commissarius Act. a. de MCCCCIII . . . .

Aehnlich Troppauer Kaufquaterne III Fol. 18.

[257]) Rel. Tab. I, 162; Knížky XIV, Art. 111.

Die alten Grundsätze der Vormundschaftsbeendigung blieben in den Verneuerten Landesordnungen unberührt. Es waren dies in der Person des Mündels: der Tod, die Mündigkeit, die Erteilung der venia aetatis [258]), die Mündigkeit des ältesten Mündels [259]); in der Person des Vormundes: der Tod, die Herabsetzung [260]), die Wiederverehelichung der Vormünderin-Mutter [261]), Hoch- und Landesverrat [262]).

Nach Beendigung der Vormundschaft waren alle Vormünder ohne Ausnahme zur Rechnungslegung [263]) verpflichtet. Wenn der Vormund dieser seiner Pflicht nicht nachkam, so erteilten in Böhmen die kleineren Beamten, in Mähren der Landeshauptmann dem Waisen auf sein Verlangen einen Brief, durch welchen dem Vormunde ein Termin und zwar zur Rechnungslegung von vier und zur Herausgabe des Vermögens von zwei Wochen gegeben wurde. Leistete der Vormund dieser Mahnung nicht Folge, dann wurde der Mündel, in Böhmen durch einen Kämmerling, in Mähren durch eine beeidete Person des kleinen Rechtes, in den Besitz des Gutes des Vormundes und seiner Bürgen eingeführt und darin bis zur vollen Befriedigung seiner Ansprüche belassen [264]).

Formell wurde die Vormundschaft durch Danksagung abgeschlossen, die in die Landtafel (in Mähren in die kleineren Quaterne) eingetragen wurde [265]).

---

[258]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XIII; mähr., Art. 408.

[259]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XV, XVI; mähr., Art. 410, 411.

[260]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XVIII, mähr., Art. 413.

[261]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VI; mähr., Art. 401.

[262]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XIX; mähr., Art. 414.

[263]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. IV; mähr., Art. 399.

[264]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. XIII; XIV; mähr., Art. 408, 409.

[265]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XV; mähr., Art. 410.

§ 6.

Die obervormundschaftliche Aufsicht.

Das älteste Aufsichtsorgan über die Vormünder war die Familie. Nach älteren Quellen des böhmischen Landrechtes war zu allen wichtigeren vormundschaftlichen Angelegenheiten, besonders zu allen Dispositionen über das Mündelgut, die Zustimmung der Blutsverwandten nötig[266]). Besonders bezog sich das Recht auf die mündigen Geschwister des Waisen und sorgte durch Vermittlung der übrigen Verwandten dafür, daß die jüngeren Geschwister in ihren Ansprüchen nicht verkürzt werden. Die Verwandten sollten auf derartige Rechtsverletzungen das Gericht aufmerksam machen, welches die Berichtigung des geschehenen Unrechtes anordnete[267]).

Ebenso hatte der nächste Verwandte des Mündels die Pflicht, das Gericht um die Enthebung des Vormundes zu ersuchen, wenn derselbe die Vormundschaft nicht ordnungsmäßig führte[268]).

Am längsten behielten die Verwandten ihren Einfluß bei der Mündigkeitserklärung und bei der Verehelichung des Mündels. Waren wichtige Gründe vorhanden, so waren in erster Reihe die Verwandten berufen, um die Erteilung der venia aetatis beim Könige anzusuchen, und sich für die Nützlichkeit derselben zu verbürgen[269]). Höchst wichtig erschien das Zeugnis der Verwandten bei der Konstatierung der natürlichen Mündigkeit, sowohl in der älteren Zeit, wo darüber die Geschlechtsreife entschied, als auch später, wo man dieselbe nach bestimmten Jahren anerkannte[270]). Zur Verehelichung

---

[266]) Landtafel Brünn I, 154; Olmütz I, 297; Rel. Tab. I, 559; Landesordnung 1516, Art. XVI.

[267]) Jireček, Codex III, 2, 60; Kameniček, Sněmy II, 137 u. 140.

[268]) Kn. Tov., Art. 150; Kn. Drn. St. 67; Landesordnung 1549, Art. F. 23, 32; Záp. Žer. I, 90.

[269]) Vgl. Anmerkung 35.

[270]) . . . . ibi barones eo viso et amicis intellectis, invenerunt pro

des Waisen war außer der Einwilligung des Vormundes auch die Zustimmung der Verwandten nötig, und die Verehelichung ohne diese war strafbar. Die Majestus Carolina verordnete für diesen Fall außer des Vermögensverlustes auch noch den Tod beider Eheleute[271]). Gegen den Mißbrauch des Einwilligungsrechtes wurde der Mündel vom Könige und vom Gerichte geschützt, durch deren Beschluß alles rechtswidrige Verfahren der Verwandten abgeschafft und ersetzt wurde[272]). Besonders die obenerwähnte Todestrafe der Eheleute währte nicht lange[273]), obzwar sie als natürliche Folge der damaligen Familienzustände[274]) leicht zu erklären war. Es blieben nur die Vermögensstrafen bestehen, welche durch Entscheidungen des Landrechtes bestätigt[275]) und in die Landesordnungen[276]) übernommen wurden. Beizufügen ist noch, daß auch die mündige Waise ohne Einwilligung der Verwandten keine Ehe

---

jure, quod idem Joannes, cum habet annos aetatis debitae .... Entscheidung des Landrechtes in Jireček, Codex II, 2, 47; ähnlich Lib. cit. VI, 50.

[271]) Parentibus non exstantibus, pudoris honore servato, non debent puellae inconsultis et contradicentibus fratribus vel eis deficientibus patruis vet avunculis quibuscunque viris nubere ant quod gravius est ferendum illos carnaliter quoquomodo cognoscere. Quod si qua mulier sponte fecisse constiterit, et per dictos fratres vel patruos judicialiter querela proposita fuerit, ipsa virque dictus, confiscatis bonis, pali affixione mortem subire consueverant. Maj. Car., Art. 85.

[272]) Si quis patrus aut frater neptem vel sororem aetatis jam nubilis nuptui tradere recusaverit, retinere cupiens forsitan dotem suam liceat dictae puellae per se vel alium curiae nostrae implorare judicium .... Maj. Car., Art. 109.

[273]) Vgl. Anmerkung 149 und 150 (S. 389).

[274]) Für die Familienzustände vgl. Lippert, Sozialgeschichte I, 191; Schreuer, Untersuchungen zur Verfassungsgeschichte 51.

[275]) Jireček, Codex III, 2, 159 und 163; Rel. Tab. II, 488.

[276]) Vlad. Landesordnung, Art. 490, 516; Landesordnung 1549, Art. F. 17 und 19; Landesordnung 1564, Art. J. 59. — Vgl. auch Officium circa tabulas Nr. 11 .... pro orphano desponsato alicui ex causa matrinonii trina citatio. .... Auch Kn. Tov., Art. 165; Záp, Žer. I, 100.

eingehen konnte, während der mündige Waise an diese Einwilligung nicht gebunden war [277]).

Doch bald gesellte sich zur Aufsicht der Verwandten und später trat gänzlich an ihre Stelle die Aufsicht der öffentlichen Organe, als welche in Böhmen der König und das Landrecht, in Mähren der Landesherr und der Landeshauptmann gegolten haben.

Die Institution der Landtafel und der städtischen Bücher war der hauptsächlichste Grund der schnellen Entwickelung dieser behördlichen obervormundschaftlichen Aufsicht. In der Instruktion des Königs Karl IV. [278]) ist zwar die Vormundschaft unter denjenigen Rechtsgeschäften, die in die Landtafel eingetragen werden, nicht angeführt, de facto gehörte sie aber schon damals zu ihnen. Die älteste Eintragung einer solchen Aufsicht findet sich nämlich in Böhmen im Jahre 1327 [279]), worauf sowohl in Böhmen als auch in Mähren ähnliche Eintragungen eine ununterbrochene Reihe bilden. Neben dieser speziell landtäflichen Vormundschaft wurden, wie bereits gesagt wurde, auch andere Arten von Vormundschaft, so die auf Grund eines königlichen Machtbriefes [280]), die vom Könige gegebene [281]), die auf einer Gütergemeinschaft beruhende [282]), weiter jede spätere Aenderung derselben [283]), sowie die Beendigung durch Danksagung ingrossiert, und zwar zuerst in die Zitationsquaterne, später in die Kaufquaterne wohl aus dem Grunde, weil das Hauptgewicht auf die Beschränkung der Disposition mit dem Waisenvermögen und deren gehörige Publizität gelegt wurde.

---

[277]) Landesordnung 1549, Art. F. 17.

[278]) Demuth, Geschichte der Landtafel in Mähren 15.

[279]) Rel. Tab. I, 42; weiter I, 419, 436, 458, 545, 576, 591, II, 281 etc. — In Mähren sind die ältesten Landtafel-Eintragungen, Olmütz I, 1045 und Brünn II, 43 (vom Jahre 1351).

[280]) Rel. Tab. II, 360.

[281]) Rel. Tab. I, 556.

[282]) Rel. Tab. I, 467.

[283]) Rel. Tab. II, 436, 452.

Der König war in Böhmen der oberste Vormund aller Waisen und als solcher verpflichtet, für deren Wohl zu sorgen und sie vor jedem Schaden sowohl von seiten ihrer Vormünder als auch von seiten eines Dritten zu schützen. Diese Pflicht des Königs wird zuerst von Andreas von Duba betont[284]). Sie war in seiner Zeit wirklich von den Königen anerkannt und geübt worden[285]). Der Titel „oberster Vormund" kommt seit dieser Zeit in allen Quellen vor[286]). Der König war aber in dieser seiner Stellung, wie es schon nach Andreas von Duba heißt, „durch das uralte Recht" gebunden, dessen Hauptgrundsatz es war, daß „der König außer seinem Heimfallsrechte ihnen (sc. den Waisen) nichts geben könne weder zum Schaden noch zu Ungunsten" [287]).

Im 14. Jahrhundert übte der König seine Aufsicht über die Waisen persönlich aus. Es gab nämlich in dieser Zeit noch keine ständige Vertretung des Königs durch ein besonderes Organ, sondern der König sandte in jedem einzelnen Falle einen seiner Beamten als Boten zur Durchführung seines Willens[288]), oder er beauftragte die sogen. popravce, d. h.

---

[284]) „Král starým právem jest najvyšší poručník sirotkóv" (Der König ist nach altem Rechte der oberste Vormund der Waisen), Art. 77.

[285]) Die älteste Ausübung ist aus dem Jahre 1356, Rel. Tab. I, 418; vgl. auch Jireček, Codex II, 2, 334 und 336.

[286]) Všehrd IV, 1; Vlad. Landesordnung, Art. 105; Landesordnung 1530, Art. 104; Landesordnung 1549, Art. F. 11, 21, 23; Landesordnung 1564, Art. D. 54, 62.

[287]) . . . . kjich škodě a jich zlému jim král z práva starého nic dáti nemózě, než toliko svój nápad . . . . Art. 77.

[288]) Item a. d. MCCCLVI. Fer. secunda proxima ante festum Ascensionis domini dominus Karolus rex Boemi per nuncios suos dominos Johannem de Wessele summum camerarium Andream de Duba judicem terre, Czenkonem de Lipa et Henricum de Lauchtenberch ad domino Petrum et Jesconem fratres de Rozemberch, tutores et commissarios orphani Johannis quondam de Michalowicz dixit, quia nollet eidem orphano et bonis suis aliqua dampna vel incomoda aliqua tenus inferre nec inferri per quempiam siniri quoquo modo, si eciam sibi et regno suo de eisdem bonis nulla dampna inferrentur, qui fratres de Rozem-

Kreisbeamten, welche für den Landesfrieden und öffentliche Sicherheit in ihrem Kreise zu sorgen hatten und etwa seit Přemysl Ottokar II. bestanden, mit der Aufsicht über speziell bestimmte Waisen und Witwen und deren Angelegenheiten [289]. Da die Durchführung dieser Aufträge nicht immer eine präzise und strikte war, so war es öfters nötig, die Befehle zu wiederholen, und eventuell zu besonderen Mitteln zu greifen [290]. Nur

---

berch et tutores eidem domino regi per eosdem nuncios et dominos responderunt, quia omnia et singula, prospera et aduersa cum eodem orphano volunt et ipse orphanus cum eis debet sustinere. — Rel. Tab. I, 418.

[289]) Johannes dux Karinthiae. Tibi Wilhelmo de Egerberch, fideli nostro dilecto, praecipimus seriose, omnino volentes, quatenus Swincam relictam olim Ogerii de Weleticz, in juribus et bonis ipsius ibidem in Weleticz et una aratura in Pniethuc ab nupedientibus et molestiis ac aliis oppressionibus favorabiliter conserves, nullam sibi in dictis juribus et bonis per quempiam violentiam permittens irrogari aid nullatenus oburissurus, Nr. 9. Formae literarum (ähnlich Nr. 2). Aus Nr. 1 und 7 geht hervor, daß Wilhelmus de Egerberk „popravce" im Saazer Kreise war.

[290]) So hat König Johann einer Witwe und deren Waisen, nachdem er zweimal vergebens einen Auftrag zur Einführung derselben in den Besitz eines durch Gewalt ihnen weggenommenen Gutes erteilt hatte, folgenden Machtbrief erlassen: . . . . Dictis C. relicte et orphanis ad cautelam ipsorum presentes literas duximus concedendas, per quas universis regnicolis Boemie fidelibus nostris patere volumus evidenter, quod ipsi C. relicta et orphani in premissis omnino iusti gravem iniuriam, super qua ipsis hucusque de remedio competenti providere non potuimus, indebite paciuntur, propter quod ipsis proinde concedimus ac favemus ymmo in hiis scriptis expresse iubemus, ut possessionem sepedicti castri sui cum pertinenciis quocunque modo possint assequantur, in quo eos omnino cum suis coadiutoribus universis bene et juste agere profitemur. Et si predictus Bohunco vel pro eo tempore possessor ipsius castri niteretur pro se ius quodcunque in predictorum C. relicte et orphanorum preiudicium allegare vel pretendere quovis modo, contra hoc dedimus de certa nostra sciencia huius modi nostras testimoniales literas, per quas fideles nostros dilectos camerarios, czudarios et chmetones et Boemie regnicolas scire volumus universos, quod idem Bohunco, vel dicti castri possessor in eo penitus est iniustus, ipsis quoque districte mandamus volentes

in dieser eben angeführten und beschränkten Weise ist auch die Bedeutung des Wortes popravce, womit die böhmische Uebersetzung des Schwabenspiegels die Landrichter bezeichnet und diese um die Waisen sorgen läßt, anzunehmen und zu erklären [291]).

Aber langsam bereits im 14. Jahrhundert trat der König einzelne Befugnisse seiner vormundschaftlichen Oberaufsicht dem Landrechte und den Landesbeamten ab, aus welchen ein selbständiges, neben dem Könige wirkendes Aufsichtsorgan entstand. Die Quellen sprechen dann vom „Könige und dem Landrechte“, vom „Könige oder dem Landrechte“.

Im 15. Jahrhundert hatte der König folgende Rechte:

1. Er erteilte den Waisen die venia aetatis [292]).

2. Er gab den Waisen, die keinen väterlichen oder verwandtschaftlichen Vormund hatten, einen Vormund [293]); später (im 16. Jahrhundert) wurde er durch Konkurrenz des Landrechtes darin beschränkt [294]).

3. Solange die Gütergemeinschaft (unio) mit den Waisen erlaubt war, gab er zu derselben seine Zustimmung [295]).

4. Uebrigens kamen auch später, selbst im 16. Jahrhundert, wenn auch äußerst selten, Fälle vor, wo der König aus besonderen Gründen in die vormundschaftliche Führung direkt durch seine Bevollmächtigten eingriff [296]).

---

omnine quatenus piam intencionem nostram circa reformandos C. relictam et suos orphanos sepedictos in possessione memorati castri sui et pertinentiarum suarum omni audoritate nostra suppleant. — Summa Gerhardi, Nr. 80. (Ed. Tadra 1882.)

[291]) Schsp. Kap. LII; Uebersetzung desselben in den Stadtbüchern von Rožmitál (F. 18/1), Prag und Leitmeritz.

[292]) Rel. Tab. I, 478; II, 291, 316; Všehrd V, 46.

[293]) Všehrd V, 38.

[294]) Landesordnung 1549, Art. F. 16.

[295]) Rel. Tab. I, 470, 556, 560, 587, 606; II, 316, 327.

[296]) So wurde der königliche Prokurator Johann Boryně beauftragt, die Führung des Streites der Witwe Mandalene von Rannstein mit Andress Schindel für die genannte Witwe zu übernehmen mit der Weisung,

Dem Landrechte und den Landesbeamten gehörte seit dem 15. Jahrhundert die Aufsicht über alle wichtigeren Vormundschaftsangelegenheiten. Diese wurden anfangs mit der übrigen Agende des Landrechtes vermischt behandelt, seit dem Jahre 1543 wurden jedoch bei jedem der drei jährlich abgehaltenen Landrechtssitzungen vier Waisentage (dni sirotčí) festgesetzt, in denen nur Vormundschaftsangelegenheiten zur Sprache und Entscheidung kamen [297]).

Das Gericht sorgte vor allem für die Registrierung des Waisenvermögens, die eine Art Inventierung war und vor dem Könige und dem Landrechte geschehen sollte. Später wurde aus Utilitätsgründen zu diesem Zwecke ein Kämmerling auf das Waisengut selbst gesandt. Das so verfertigte Register wurde bei der Landtafel deponiert, um bei der Beendigung der Vormundschaft als Grundlage der vormundschaftlichen Rechnung zu dienen. Vor dem Gerichte erfolgte die Sicherstellung des Waisenvermögens durch Bürgen und Pfand des Vormundes, was in die Landtafel eingetragen wurde [298]).

In der Erziehungsfrage und der Verehelichung des Waisen wurde dem Gerichte auch in der späteren Zeit neben den der Verwandten nur eine Aufsichts- bezw. Schutzrolle zugewiesen [299]).

In der Frage der Vermögensverwaltung verdrängte dagegen das Gericht die Verwandten vollständig. Es ergänzte, wenn es nötig war, die Vollmacht des Vormundes, und gab

---

daß dieselbe ohne Verzug zu ihren Rechten komme (aby ona své spravedlnosti bez dalších odtahuor přijíti a tej dosáhnúti mohla), und mit der Begründung, es gehöre dem Könige, Waisen, Arme und Witwen zu schützen. (Kopienbücher der böhm. Kanzlei im Prager Statthalterei-Archiv 38, F. 77.) — Vgl. auch Demel, Dějiny úřadu fiskálniko v Čechách (Geschichte des böhm. Fiskalamtes), St. 232.

[297]) Dieser Beschluß des Landrechtes wurde in die Landesordnung 1549 (Art. B. 39) und 1564 (Art. B. 21, 22) übernommen.

[298]) Vgl. Anmerkung 117—120; 123—127.

[299]) Vgl. Anmerkung 144—154; 271—277.

aus wichtigen Gründen, besonders wegen Ueberschuldung [300]), seine Einwilligung zur Veräußerung des Mündelgutes.

Ueberhaupt war das Gericht verpflichtet und berechtigt, alle Mängel der Vormundschaftsführung zu ergründen, für ihre Beseitigung zu sorgen, den Vormund nötigenfalls seines Amtes zu entheben, und zugleich mit dem Könige einen neuen zu ernennen [301]).

Nach beendigter Vormundschaft erfolgte die Rechnungslegung vor den kleineren Landesbeamten. Das Landrecht zwang dann den zögernden Vormund durch einen Vorladungsbrief und event. durch einen Wehrlosbrief zur Herausgabe des Waisenvermögens [302]).

Alle Streitigkeiten, welche die Vormundschaft betrafen, gehörten vor das Landrecht, und wurden von diesem in den sogen. Waisentagen erledigt. Die Vorladungen zu diesen Tagen wurden anfangs promiscue mit den übrigen Vorladungen angemerkt, vom Jahre 1595 ab wurden aber dafür besondere „Vorladungsquaterne für die Waisentage“ errichtet [303]). Während des Prozesses sorgte das Gericht dafür, daß an dem status quo in der Waisenangelegenheit von keiner Seite eine Aenderung vorgenommen werde [304]).

In Mähren [305]) war zwar der Landesherr (der König oder der Markgraf) auch oberster Vormund der Waisen, seine diesbezüglichen Rechte sind jedoch fast vollständig auf den Landeshauptmann übergegangen. Dem Landesherrn blieb nur die Erteilung der venia aetatis und auch dies mit dem Beirate des Gerichtes [306]).

---

[300]) Vgl. Anmerkung 163—168.

[301]) Vgl. Anmerkung 234.

[302]) Vgl. Anm. 244—249.

[303]) Rel. Tab. I, 374, 375, 376, 392.

[304]) Rel. Tab. I, 185.

[305]) In Troppau war die Obervormundschaft Sache des Fürsten. Troppauer Lib. cit. I, F. 1 b, 2 a etc.

[306]) Kn. Tov., Art. 161; Kn. Drn. St. 74; Landesordnung 1545, F. 101.

Es ist daher leicht begreiflich, daß hier der Titel eines obersten Vormundes gewöhnlich dem Landeshauptmanne erteilt wurde[307]. Seine Pflichten waren in dieser Beziehung die folgenden:

1. Er war Referent in allen Vormundschaftsangelegenheiten, welche gewöhnlich gemeinschaftlich an jedem Gerichtssamstage vorgetragen wurden[308]. In Abwesenheit des Landeshauptmannes, wenn nämlich die Stelle unbesetzt war oder derselbe aus wichtigen Gründen verhindert, trug statt seiner das Waisenreferat ein anderer Herr vor[309].

2. Hatten die Waisen keinen väterlichen Vormund, und wollten die Verwandten die Vormundschaft nicht übernehmen, dann war es Pflicht des Landeshauptmannes, für sie entweder persönlich zu sorgen, oder einen Vormundstellvertreter, für dessen Wahl er haftete, zu ernennen[310]. Nach dem Tode eines Landeshauptmannes übernahm der neue Landeshauptmann alle diese Vormundschaften, wobei keine Rechnungen abgelegt, sondern nur neue Inventare des Waisenvermögens errichtet wurden; die Rechnungslegung erfolgte erst bei der Mündigkeit der Waisen. Die eventuelle Haftung der Erben des verstorbenen Landeshauptmannes wurde durch Vergleichung des ursprünglichen mit neuen Inventaren konstatiert[311].

3. Der Landeshauptmann prüfte die Legitimation aller Vormünder der Waisen[312].

---

[307]) Landesordnung 1516, Záp. Žer. I, 152.

[308]) Nur ausnahmsweise konnten die Waisenangelegenheiten an einem anderen Tage mit Genehmigung des Landrechtes erledigt werden Záp. Žer. I, 117, 210, 223). Samstags konnten andere Sachen nur dann vorgetragen werden, wenn keine Waisenangelegenheiten vorhanden waren (Záp. Žer. I, 183). — Wenn der Landeshauptmann sein Referat vortrug, dann führte ein anderer Herr den Vorsitz. (Záp. Žer. I, 40, 60, 100, 114, 132, 213, 248, 263, 277).

[309]) Záp. Žer. I, 224, 263.

[310]) Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75; Landesordnung 1516, Art. XIII; Lib. cit. V, 297, VI, 289.

[311]) Kameníček II, 147.

[312]) Záp. Žer. I, 94, 165.

4. Weiter sorgte der Landeshauptmann für Inventarisierung[313]) und Abschätzung[314]) des Vermögens, für Sicherheitsbestellung[315]), um Verkauf eines überschuldeten Gutes, welches kein Vormund übernehmen wollte[316]).

5. Nach Beendigung der Vormundschaft intervenierte er bei Rechnungslegung und Quittierung[317]).

Neben dem Landeshauptmanne war die Funktion des Landrechtes ziemlich beschränkt. Dieses beteiligte sich mit ihm an der Einsetzung[318]) und Beendigung[319]) der Vormundschaft, an Disposition mit dem Waisenvermögen[320]), bei Verehelichung der Waisen[321]), bei Feststellung der Höhe der Erziehungskosten[322]) und bei der Erteilung der venia aetatis. Speziell mährisch ist die Bestimmung, daß diejenigen Waisen, die keinen väterlichen Vormund hatten, vom Landrechte „zur Ehe gebeten" wurden[323]).

Die Verneuerten Landesordnungen berührten die Obervormundschaft nicht. Es blieb also als Hauptorgan dieser Aufsicht in Mähren der Landeshauptmann[324]) und neben ihm das Landesgericht, und in Böhmen war neben dem Könige das Landesgericht maßgebend. Die Waisentage blieben die-

---

[313]) Záp. Žer. I, 58.

[314]) Kameníček II, 142.

[315]) Kn. Tov., Art. 162; Kn. Drn. St. 75, 76.

[316]) Kameníček II, 146.

[317]) Landesordnung 1520, Art. V.

[318]) Kn. Tov., Art. 159; Záp. Žer. I, 150.

[319]) Kn. Tov., Art. 200; Záp. Žer. I, 115.

[320]) Kn. Drn. St. 75; Landesordnung 1516, Art. XIV.

[321]) Kn. Tov., Art. 165.

[322]) Záp. Žer. I, 60, 117—120.

[323]) Záp. Žer. I, 100.

[324]) Verneuerte mähr. Landesordnung, Art. 396. — Später wurde dem Landeshauptmanne zur Hand eine besondere Kommission gegeben (vgl. die Instruktion für diese Kommission aus dem Jahre 1636 bei D'Elvert,

selben[325]). Alle wichtigeren Angelegenheiten mußten unter Aufsicht der Obervormundschaft vorgenommen werden, so z. B. Eheschließung[326]), Einsetzung[327]) und Beendigung[328]) der Vormundschaft, Kautionsbestimmung[329]), Inventur[330]), Rechnungslegung[331]), Veräußerung der Güter[332]) und Schadenersatz[333]). Neu ist die Bestimmung über den vormundschaftlichen Eid, der in die Hände des Gerichts abzulegen war und folgenden Wortlaut hatte: „Ich N. gelobe und schwöre Gott dem Allmächtigen und allen Heiligen, wie auch Ihrer Majestät als König in Böhaimb (und Markhgraven in Mähren), daß Ich die mir anvertraute Waisen zur Catholischen Religion und Adeligen Tugenden ziehen und halten, ihren Güttern gleich als denen meinigen treülich vorstehen wil, derselben Nutz befördern und Schaden wenden und alles dasjenige thun, was einem treüem Fürmünd gebüret, ohne alle Gefährde. So wahr mir Gott helffe und alle Heiligen!"[334]) Diese Eidesformel wurde in Böhmen in besondere Eidesquaterne eingetragen, während alle übrigen vormundschaftlichen Sachen in Vormund-

---

Beiträge zur Geschichte der böhm. Rebellion im XVI Bd. der Schriften der historisch-statistischen Sektion). Nicht lange darauf wurde der Landeshauptmann von der Vormundschaftspflicht befreit, und auf die bloße obervormundschaftliche Aufsicht beschränkt.

[325]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. B. I, mähr., Art. 55.

[326]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. M. XXVII—XXX; mähr., Art. 376—379.

[327]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. I; mähr., Art. 396.

[328]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XVIII, mähr., Art. 413.

[329]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VI; Deklaratorien Hh. IX.

[330]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. II; mähr., Art. 397.

[331]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XIII, XIV; mähr., Art. 408, 409.

[332]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VIII; mähr., Art. 403.

[333]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. VII, X, XVII; mähr., Art. 402, 405, 412.

[334]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XX; mähr., Art. 415.

schaftsquaternen ihren Platz fanden. In Mähren waren für die Einsetzung der Vormundschaft die größeren und für die Kautionsbestimmung und die Danksagung die kleineren Quaterne bestimmt.

Die vormundschaftliche Oberaufsicht der Verwandten beschränkte sich nur auf die Mitwirkung bei der Eheschließung [335]) und auf das Recht der Klageerhebung gegen den Vormund wegen schlechter Verwaltung des Waisengutes [336]).

§ 7.

Der Entwicklungsgang der Vormundschaft.

Die Vormundschaft erscheint im altböhmischen Landrechte im 14. Jahrhundert [337]) als eine vollständig entwickelte Institution. Aus den Bestimmungen des Rosenberger Rechtsbuches, des Ordo judicii terrae und des Andreas von Duba können wir den Weg verfolgen, welchen diese Institution während ihrer Entwicklung durchgemacht hatte.

Aus diesen Rechtsquellen ist zu ersehen, daß wir den Urgrund der Vormundschaft im böhmischen Rechte, wie es

---

[335]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. M. XXVII—XXX; mähr., Art. 376—379.

[336]) Verneuerte böhm. Landesordnung, Art. N. XI; mähr., Art. 406.

[337]) In den Quellen findet man für das XIII. Jahrhundert nur ein Beispiel der Vormundschaft, nämlich derjenigen über den unmündigen König Wenzel II., Sohn des verstorbenen Přemysl II. Der kleine Wenzel war damals 7 Jahre alt. Die Königinwitwe Kunigunde berief sich auf den Willen des gefallenen Gemahls, nach welchem sein verwaister Sohn und seine Länder nach seinem Tode seinem Neffen Otto von Brandenburg in den Schutz gegeben werden sollten. (Regesta II, Nr. 1144 und 1145 .... Briefe an Beatrix und Otto von Brandenburg .... vobis nos et pueros nostros ac terras nostras .... recommisit.) Otto wurde auch wirklich zum Vormunde des jungen Fürsten vom König Rudolf bestätigt und zeichnete dann die Urkunden für Böhmen als „tutor domini Veceslai“ oder „domini Venceslai in regno Boemiae tutor“ (Regesta II, 1157 und 1183). Die Verhältnisse waren aber damals so abnormal und standen derart unterm reichsdeutschen Einfluß, daß wir aus ihnen keine Schlüsse zu ziehen vermögen.

auch im deutschen der Fall ist, in dem Bedürfnisse der gerichtlichen Vertretung zu suchen haben. Zweifellos war diese Vertretung ursprünglich Sache der Familiengemeinschaft, welche daran ihr Interesse hatte. Die Vormundschaft erschien als ein kollektives Recht dieser Gemeinschaft, welche dessen Ausübung einem von ihren Mitgliedern übertragen hat. Der Vormund war also zuerst und natürlich ein Organ der Familie und stand deshalb unter ihrer Aufsicht. Nachdem aber das Individualeigentum und die Entwicklung des Erbrechtes bestimmter Familienmitglieder zur Geltung gekommen waren, so entstand aus der ursprünglichen Kollektivvormundschaft der Familie eine Individualvormundschaft desjenigen von den Verwandten, welcher das Erbrecht nach dem betreffenden Waisen besaß, d. h. des nächsten Erben, wobei die alte Vormundschaftsform zu einer bloßen Aufsicht der Familie geschwächt wurde. Weil der Mutter, insofern sie mit den Kindern nicht in Gemeinschaft lebte, kein Erbrecht nach ihnen zuerkannt wurde, so hatte sie auch kein Anrecht auf die Vormundschaft über dieselben. Ausdrücklich wird die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen in den mährischen Quellen (Tobischauer Rechtsbuch Art. 162), während die böhmischen die Sache stillschweigend übergehen und für dieselbe die Vormundschaft auf Grund einer unio (spolek) oder einer väterlichen Anordnung zulassen.

Als Uebergangsstufe zwischen diesen beiden Entwicklungsformen ist wohl die zu betrachten, wo die Familie den dem Waisen nächsten Verwandten als ihren Vertreter bestellte. Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen deutlich Stellen in den oben angeführten Quellen: dem Rosenberger Rechtsbuche[338]), dem Ordo judicii terrae[339]) und dem Andreas von Duba[340]). Diese wird aber auch noch unterstützt durch die Erwägung über den ursprünglichen Zweck der Vormundschaft.

---

[338]) Art. 188, vgl. Anmerkung 144.

[339]) Art. 24 und 31, vgl. Anmerkung 181.

[340]) Art. 13, vgl. Anmerkung 182.

Die Vormundschaft erschien nämlich nicht als eine Pflicht, sondern als ein Recht, denn sie war nicht für den Mündel, sondern zuerst für die Familie und später für die nächsten Erben geschaffen worden. Zur Errichtung dieser Institution führte nicht die Sorge, daß der Mündel in seinen Rechten nicht verkürzt werde, sondern daß der Familie und den Verwandten überhaupt das Waisengut, auf welches sie Erbansprüche hatten, ungeschmälert erhalten bleibe. Die Vormundschaft war also anfangs allgemein eine tutela usufructuaria, wie sie sich später nur in der väterlichen Vormundschaft [341]) vorfindet: Der Mündel und sein Gut bilden ein unzertrennliches Ganze, das gleichsam in den Besitz und die Macht des Vormundes übergeht. Zum Belege dafür vergleiche man einerseits die üblichen landtäflichen Eintragungen des 14. Jahrhunderts, wo es heißt „commisit pueros et bona sua" [342]), andererseits die Bestimmung des Rosenberger Rechtsbuches, worin dem aus der Verwandtschaft genommenen Vormunde die Herausgabe des Mündels durch dreimalige Belangung gesichert ist (zsi rotka prívuzného, chté ho chowati, troj póhon) [343]). Als weitere Belege seien noch die Entscheidungen des Landrechtes, wo über ähnliche Klagen verhandelt wurde, angeführt [344]). Die Vormundschaft wurde noch im 14. Jahrhundert als ein Recht von einer Person auf eine andere übertragen und überführt [345]).

---

[341]) Vgl. Anmerkung 157—162.

[342]) Vgl. Anmerkung 52—56.

[343]) Art. 188.

[344]) Z. B. .... „Nález o tom, kdež Z. vinil P., že by jemu sirotka držal, kterémuž on lepší právo má jako strýc nedílný." (Die Entscheidung darüber, wo Z. den P. beschuldigte, da er ihm einen Waisen vorenthielt, auf den er als dessen unabgeteilter Onkel ein besseres Recht hatte ....) .... Jestliže by kdo k komu postal, aby mu čeledina vydal neb člověka služebnika nebo sirotka ...." (Wenn jemand zu einem andern schickt, daß er ihm einen Knecht oder einen Mann und Diener oder einen Waisen herausgebe ....) Jireček, Codex III, 2, 106 und 135.

[345]) Rel. Tab. I, 185, 458.

Auch die Unwiderruflichkeit der väterlichen Vormundschaft in Mähren, wo sich alte Institutionen besser erhalten haben als in Böhmen[346]), und die Bestimmungen über die Vormundschaft des ältesten Bruders[347]) weisen darauf hin, daß diese Institution den Charakter eines erworbenen Rechtes an sich hatte.

Es scheint also festzustehen, daß in der ältesten Zeit die Vormundschaft der Verwandten zuerst kollektiv und später individuell als die einzige Form bestand, und daß die Verwandten deshalb zur Vormundschaft nach der Erbrechtsordnung berufen waren, weil die Vormundschaft ein Recht war.

Die weitere Entwicklung der Vormundschaft geht Hand in Hand mit dem Erbrechte. Nachdem man den Verband der Familiengemeinschaft durch Abschluß von gegenseitigen und einseitigen Gütergemeinschaften (uniones, spolky) zu ersetzen erlaubt hatte, und den Mitgliedern dieser Gemeinschaften das Erbrecht zuerkannte, wurde auch die Vormundschaft auf Grund des spolek, der abgeschlossenen Gütergemeinschaft zugelassen und aktuell. Dadurch wurde der erste mächtige Durchbruch in die festen Grundsätze des uralten Rechtes, welches nur die natürlichen Verhältnisse berücksichtigte, gemacht und der individuelle Wille des einzelnen als Grundlage eines ähnlichen Rechtsverhältnisses anerkannt.

Im dritten Stadium wurde das Erbrecht von der Vormundschaft getrennt. Im Vormundschaftsrechte kam nämlich der freie Wille des Individuums zur vollen Geltung und Anerkennung, so daß endlich die väterliche landtäfliche Vormundschaft den ersten Rang einnahm, aber im Erbrechte blieb man infolge des königlichen Heimfallsrechtes auf der zweiten eben erwähnten Stufe stehen, so zwar, daß der Wille des einzelnen darin nur im Wege einer Fiktion anerkannt wurde, denn eine

---

[346]) Vgl. Anmerkung 92.

[347]) Vgl. Anmerkung 70.

Testierfreiheit gab es in Böhmen bis zum 17. Jahrhundert nicht[348]).

Aus dem ziemlich späten Erscheinen der Vormundschaft in den böhmischen Ländern könnte man vielleicht auf die Rezeption dieser Institution aus dem deutschen Rechte ins böhmische schließen, was übrigens nichts Sonderbares wäre, da die Rechtsgrundsätze im Mittelalter, wie Hanel[349]) ganz richtig bemerkt, überall und auch in Böhmen, ohne Rücksicht auf ihren Ursprung bloß aus Utilitätsgründen, weil man ihre Nützlichkeit anerkannte, rezipiert wurden, und weil in der Zeit dieser Rezeption der nationale Gegensatz im Bereiche des Rechtes überhaupt nicht gefühlt wurde. Doch müssen wir in dieser Frage hinweisen auf die Worte Krauts: „Es muß für ein höchst unhistorisches Verfahren gehalten werden, wenn man, sobald in späteren deutschen Rechtsquellen Grundsätze vorkommen, welche mit römischen Aehnlichkeit haben, ohne weiteres annimmt, daß sie fremden Ursprungs seien, da das deutsche Recht, so wie es in seiner Grundlage manche Aehnlichkeit mit dem älteren römischen hatte, sich auch auf dieselbe Weise, wie dieses, weiter entwickeln und neue, denen des späteren römischen Rechts ähnliche Institute schaffen konnte, ohne gerade demselben nachgebildet zu werden“[350]), welche

---

[348]) Bis in das XV. Jahrhundert wurde nur das Erbrecht der unabgeteilten Verwandten anerkannt. Erst seit dieser Zeit wurden auch die abgeteilten Verwandten zum Erbrechte berufen und dadurch das königliche Heimfallsrecht eingeschränkt. Aber ein Testament konnte auch weiterhin nicht ohne einen besonderen königlichen Machtbrief errichtet werden. Zur Umgehung dieser Beschränkung gebrauchte man verschiedene Mittel, besonders die Schließung eines Spolek (unio) oder die Erbverschreibung (vgl. meine Erläuterungen im XVIII. Bd. der Zeitschrift St. 26 ff.). Erst in der verneuerten Landesordnung wurde die Testierfreiheit anerkannt.

[349]) Hanel: „O recepci práva německého v českém právu zemském“ (von der Rezeption des deutschen Rechtes im böhmischen Landrechte) im „Pocta Randova“ (Randas Verehrung). Prag 1904, St. 146.

[350]) Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes (I—III, 1835—1859, I, 211).

mutatis mutandis auch für das böhmische Recht ihre Geltung haben. Die bloße Tatsache, daß ein Institut in zwei Nachbarländern in ähnlicher Weise vorkommt, kann für die Annahme einer Rezeption dieses Institutes noch nicht genügen. Es müssen vielmehr die Wege gesucht und gefunden werden, auf welchen die Rezeption geschah, da anders die Präsumption immer für die selbständige Entwicklung spricht. Das gilt freilich in Böhmen und in Mähren nur für das Gebiet des Landrechtes. Beim böhmischen Stadtrechte, in welchem unzweifelhaft eine Rezeption des fremden Rechtes stattfand, spricht wieder die Präsumption für den deutschen Ursprung so lange, bis nachgewiesen wird, daß sich die Institution in Böhmen entweder selbständig entwickelt hatte, oder daß sie aus dem böhmischen Landrechte oder dem römischen Rechte hergenommen wurde.

Wir versuchen nun im folgenden darzutun, daß die Vormundschaft eine im böhmischen Landrechte entstandene Institution sei.

Wie schon oben erörtert wurde, war die älteste Form der Vormundschaft im altböhmischen Landrechte die Vormundschaft der Verwandten. Dafür dient als Beleg jene Stelle des Rosenberger Rechtsbuches Art. 188, welche dem ältesten Teile des Rechtsbuches angehört, der seinem Inhalte und seiner Form nach von Zygel in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts gesetzt wird[351]). Wäre diese Vormundschaft aus Deutschland herübergenommen worden, so wäre die Rezeption wohl in demselben Entwicklungsstadium geschehen, in welchem dorten diese Rechtsinstitution sich befand, oder sie wäre wohl auf ähnliche Art geschehen, wie das deutsche Recht in die böhmischen Städte rezipiert wurde. Aber die schon angeführte älteste Stelle des Rechtsbuches, und die Bestimmungen des Ordo judicii terrae und des Andreas von Duba bekunden ein anderes Entwicklungsstadium als die diesbezüglichen derzeitigen Bestimmungen im deutschen Rechte[352]). Die starken Ueberreste

[351]) Lectures on Slavonic Law. London 1902.

[352]) Kraut, Vormundschaft, I, 288 u. ff.

des Familieneinflusses, welche mit den damals noch üblichen Eigentümlichkeiten des altböhmischen Familienlebens und des alten Erbrechtes zusammenhängen, sind kaum aus deutschem Ursprunge zu erklären. Auch die Belangung wegen Herausgabe eines Mündels und die Art der Vertretung vor dem Gerichte und im Zweikampfe haben einen eigenen Charakter und befinden sich an einem Standpunkte, welcher im damaligen deutschen Rechte bereits überwunden war.

Vollständig ausgeschlossen ist auch die Rezeption aus dem böhmischen Stadtrechte. Die älteste Stelle des Stadtrechtes über Vormundschaft befindet sich in dem sogen. Ottokarischen Rechte, einer Kompilation des Prager Rechtes aus der Zeit etwa Wenzel II., also aus dem Ende des 13. Jahrhunderts. Es heißt darin: Stirbet ein man der kint habe, di czu iren iaren nicht sin komen, der kinde suln pflegin ir vormunde des erbes, uuas der sie, das im uon dem uatir ist gestorbin, uncz an die czeit, das die kint gewachsin und sol denne di kint wider berichten des gutes, und daz er yn sinir pflege hat gehabet uor erhaften leuten [353]). Die übrigen Quellen gehören alle erst der Mitte des 14. Jahrhunderts an und sind jüngeren Datums als die Stelle des Rosenberger Rechtsbuches. Aber auch der Inhalt der oben angeführten Stelle enthält eine vollständig andere Auffassung der Vormundschaft als die Bestimmungen des Ordo judicii terrae.

Die Vormundschaft auf Grund einer „unio“ (spolek, Gütergemeinschaft) ist ebenso böhmisch, wie die unio selbst, welche Ruber eine dem slavischen Rechte eigentümliche Institution nennt.

Aber auch die väterliche Vormundschaft ist nicht deutschen Ursprungs. Die diesbezüglichen ältesten Eintragungen stammen aus den Jahren 1327—1351 [354]). Die formelle Vollkommen-

[353]) Art. 78, ed. Roesler, Ueber die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Oesterreich. Prag 1847.

[354]) Die älteste Eintragung vom Jahre 1327 (Rel. Tab. I, 42) lautet: Styborius de Drahonicz commisit pueros suos patruelis suis siue filiis

heit derselben weist unbedingt auf eine längere Entwicklung hin, ebenso wie die Bestimmung des Andreas von Duba[355]), welcher bereits die väterliche landtäfliche, die auf Grund der Verwandtschaft errichtete und vom Könige in der Form der „unio" gegebene Vormundschaft anführt. Das alles setzt eine längere Entwicklung voraus, die schon im 13. Jahrhundert vor sich gehen mußte. In Deutschland kommt, wenn wir nicht irren, der älteste Fall der testamentarischen Vormundschaft im Jahre 1120 vor; der Sachsenspiegel kennt aber diese Art der Vormundschaft nicht, und die Magdeburger Sprüche schließen ihre Geltung ausdrücklich aus; nur der Schwabenspiegel führt sie an. Da also diese Institution, die aus dem römischen Rechte ins deutsche übernommen wurde, im 13. Jahrhundert in Deutschland noch nicht allgemein zur Geltung gelangt war, so müssen wir auch für diese böhmische Institution direkt zum römischen Vorbilde greifen. Dieses hatte nur die Idee hergegeben, das übrige, besonders die formelle Auffassung derselben wurde den böhmischen Verhältnissen angepaßt und mit dem Institute der Landtafel, dem Heimfallsrechte und der Unmöglichkeit Testamente zu errichten, in Einklang gebracht.

Ebenso ist das Recht des böhmischen Königs, nötigenfalls den Vormund zu ernennen und die Aufsicht über die Vormünder zu führen, ein Produkt einer langen historischen Entwicklung. Das königliche Recht, den Vormund zu ernennen, nennt bereits Andreas von Duba ein „uraltes Recht", welches seinen Erläuterungen nach in Form einer slavischen „unio" ausgeübt wurde[356]). Erst später entwickelte sich aus dieser Gemeinschaft eine Art selbständiger Vormundschaft.

In dieselbe Zeit fällt auch die Schaffung der königlichen

---

fratris sui Rynardo, Przibislao et Tobie cum omnibus bonis suis mobilibus et immobilibus super fidem eorum. Actum anno d. 1327, sequenti die post Jeronimi. — Die ältesten Eintragungen in Mähren (Landtafel, Olmütz I, 453; Brünn II, 45, vom Jahre 1351), vgl. Anmerkung 86.

[355]) Art. 73.

[356]) Art. 76 und 77.

Aufsicht, welche zuerst neben der verwandtschaftlichen auftrat. Der König sorgte nämlich von Fall zu Fall für die Waisen, wenn die Familienaufsicht nicht gehörig ausgeübt wurde oder wegen Mangel an Familie nicht ausgeübt werden konnte. Diese Aufsicht geschah entweder durch königliche Boten oder durch Kreisbeamte, sogen. popravce, die jedoch für jeden Fall einer Spezialvollmacht bedurften[357]. Nachdem später die Familien- und Verwandtschaftsbande derart gelockert worden sind, daß ihre Funktionen allmählich an andere öffentliche Verbände übergingen, trat auch die königliche Aufsicht über die Waisen an die Stelle der Familienaufsicht.

Der Grund dieser königlichen Aufsicht lag in Böhmen neben dem allgemeinen königlichen Schutze und Dienstverhältnisse, neben den kirchlichen Einflüssen und besonders den Vorschriften der heiligen Schrift, welche die Waisen und Witwen unter besondere Obhut der Mächtigen stellt, hauptsächlich in dem stark ausgebildeten Heimfallsrechte. Es war also die Oberaufsicht des Königs ihrem Ursprunge nach nicht nur zu Gunsten des Mündels, sondern auch zu Gunsten des Königs, da es sich demselben hauptsächlich, und wie es scheint in erster Reihe, darum handelte, daß gegebenenfalls sein Heimfallsrecht zu seiner vollen Geltung gelange, d. h. daß ihm das eventuell erledigte Waisengut ins Eigentum falle. Daß die Aufsicht über Waisen für ihn eher Recht als Pflicht war, davon zeugen auch die verschiedenen Dispositionen, welche der König zeitweilig über die Waisen und ihr Vermögen machte, indem er ihre Verehelichung auf dieselbe Art und Weise, wie es eben üblich war, mit den heimgefallenen Gütern, als vyprosy (Ausbitten) bewirkte. Damit hängt es auch zu-

---

[357]) Summa Gerhardi, Nr. 80 (vgl. Anmerkung 220); Rel. Tab. I, 418 (Anmerkung 218); Formae lit. Nr. 9 (Anmerkung 219) und Nr. 2 .... comittimus et mandamus .... orphanos cum omnibus bonis suis in tuam recipias gubernationem nostro nomine, protectionem, defensionem et tutetam specialem nullam sibi permittens iniuriam, violentiam per quempiam seu gravamen aliqualiter irrogari.

sammen, daß es einzelnen Städten gelungen ist, durch Privilegien die Wirksamkeit solcher Art dieses königlichen Rechtes in ihrem Bereiche aufzuheben bezw. zu vermindern[358]). Erst König Sigismund beteuerte, derartige Dispositionen ohne Wissen der Vormünder nicht mehr treffen zu wollen[359]). Aber mit der Beschränkung des Heimfallsrechtes wurde auch das Interesse des Königs an den Waisenangelegenheiten schwächer und hörte, als schließlich dieses Recht vollständig außer Kraft gesetzt worden war, ganz auf, so daß nunmehr die Aufsicht über die Waisen dem Könige zur lästigen Pflicht wurde, welche gänzlich an das Landrecht fiel, während der König nur dem Namen nach die Obervormundschaft behielt.

---

[358]) Jodocus dei gratio marchio et dominus Moraviae, judici, magistro civium consulibus et juratis civibus in Snoyma nostris fidelibus et dilectis graciam nostram cum incremento omni boni. Fideles dilecti. Licet alias orphanam Wilhelmi concivis olim vestri filiam Artlebo de Misliboricz dederamus matrimonialiter copulandam, nescientes, quod in praejudicium jurium et libertatum dicte civitatis nostrae Snoymensis illud fecissemus, tamen jam clarius per eosdem cives de juribus et libertatibus informati et praesertim de illo, quo predictam orphanam eidem Misliboricz tradere nullo modo poteramus, nisi libertatibus et iuribus eorum violatis, que et nos confirmavimus et ipsi hucusque gavisi sunt eisdem pacifice et quete. Volentes juribus antiquis et autenticis conservare, ut tenemur, eadem eorum iura et libertates predictas preferrimus huiusmodi nostre disposicioni quam feceramus predictam orphanam predicto de Misliboricz condonantes, immo expresse volumus, prefatos cives in eorum juribus conservare, et specialiter, quod possint et debeant cum eadem orphana facere et disponere juxta iura civitatis predicte pro eorum voluntate .... Codex Moraviae XI, Nr. 458 vom Jahre 1389. — Wirkliche Fälle solcher Verheiratungen vgl. Leitmeritzer Sprüche (Ms. des Leitmeritzer Archivs, F. I b, Lit. c); Troppauer Kaufquaterne II, p. 25.

[359]) Vgl. Anmerkung 153. Uebrigens war das Recht der Erteilung einer unio mit den Waisen durch den König, welches Recht ebenfalls bis in das XV. Jahrhundert währte, ähnlicher Natur.

XI.

Die poetische Literatur als Quelle der Rechtserkenntnis[1]).

Von

Dr. Albert Hellwig,
Kammergerichtsreferendär.

III. Die Makamen des Hariri als Erkenntnisquelle arabischen Rechts.

§ 1.

Einleitung.

Welch gewaltigen Rechtsstoff arabische Dichtungen bergen, ist schon von Jacob, Procksch und anderen in glänzender Weise dargetan worden. Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, alle juristischen Materialien, die wir aus einer Dichtung des arabischen Poeten Hariri entnehmen können, systematisch zusammenzustellen.

Hariri lebte von 1055 bis 1121 und ist der berühmteste Makamendichter; sein Buch ist sogar nach Haberlandts Urteil nächst dem Koran vielleicht das am meisten gelesene Produkt der arabischen Literatur[2]). Ich darf wohl voraussetzen, daß dieses geistsprühende Buch in Rückerts meisterhaften Uebersetzung bekannt ist; wer es etwa noch nicht kennen

[1]) Vgl. Bd. XVII, p. 166—193.

[2]) Dr. M. Haberlandt, „Die Hauptliteraturen des Orients" (Sammlung Göschen Nr. 163, Leipzig 1902), Teil II, p. 96. — Diese orientalische Literaturgeschichte ist, um einen kurzen Ueberblick zu gewinnen, recht brauchbar.

sollte, wird hoffentlich aus den kurzen Proben, die später mitgeteilt werden sollen, Anlaß nehmen, sich an der wunderbaren Handlung zu erfreuen und die geradezu fabelhafte Sprachgewandtheit unseres Poeten zu bewundern [3]).

Noch einige kurze Angaben über die Uebersetzung sind zu machen. Von der Verläßlichkeit der Uebersetzung hängt natürlich die Verläßlichkeit der Materialien ab, deshalb geben zweifellos die wortgetreuen (Prosa-)Uebersetzungen die sicherste Fundgrube. Für manches Stück des Rechtslebens ist eine philologische Akribie der Uebersetzung aber nicht unerläßlich. So werden wir die Stellung der Ehefrau aus einem längeren Gedicht, dessen Vorwurf das Familienleben ist, fast ebenso sicher zeichnen können, wenn wir nur eine sinngetreue Uebersetzung haben, als wenn die Transskription Wort für Wort dem Originale entspräche — wenn nur nicht sinnentstellende Fehler vorliegen oder Umänderungen, Anpassungen an moderne Verhältnisse vorgenommen sind.

Was nun linguistische Fehler betrifft, so können wir in dieser Hinsicht bei einem Rückert, der bekanntlich ein ebenso guter Orientalist wie Dichter war, unbesorgt sein. Zu seiner Uebersetzung hat er das arabische Original in dem ausführlich durch Auszüge aus den Originalkommentaren glossierten Werk des Barons Silvestre de Sacy benützt, der sein nach Rückerts Angabe „in der orientalischen Literatur Europas Epoche machendes Buch“ (660 Folioseiten, arabisch!) 1822 herausgegeben hat [4]).

Hierdurch ist Rückert aber nur zu einer sinngemäßen Uebersetzung befähigt worden, denn wenn er das Kunstwerk nicht zerstören wollte — und gerade in der Form liegt ein Hauptreiz der Makamen — so mußte er nicht nur auf eine Uebersetzung in Prosa verzichten, sondern auch vielfach andere

---

[3]) Ich benutze die sechste Auflage (Stuttgart 1878) in der Cottaschen Ausgabe („Deutsche Volksbibliothek“, Vierte Reihe).

[4]) Rückert a. a. O., Vorwort p. V.

Wendungen gebrauchen, da sich die Wort- und Klangspielerei des Originals vielfach im Deutschen nur nachbilden, nicht buchstäblich übersetzen läßt, ja manche Stellen, die selbst seiner staunenswerten Meisterschaft unüberbrückbare Hindernisse bildeten, mußte er ganz fortlassen [5]).

So werden wir zwar sicher manche interessante Notiz, die wir dem Original entnehmen könnten, hier nicht finden und manche falsche Deutung eines Verses der Nachbildung könnten wir bei Kenntnis des Makamen in ihrer Ursprache vermeiden: aber auch was dann noch an Rechtsmaterial sich unserer Dichtung entnehmen läßt, ist wohl der systematischen Darstellung wert.

§ 2.

Von dem Personenrecht erfahren wir nur einige allgemeine Grundzüge, insbesondere über die Rechtsfähigkeit und über die Berufsklassen.

Der Abstufung der Rechtsfähigkeit nach gibt es drei Stände: Freie, Freigelassene und Sklaven.

Was die Freien betrifft, so scheint sich über sie eine besondere Klasse der Adligen mit gewissen nicht nur faktischen Vorrechten nicht gebildet zu haben. Zwar taten sich viele etwas auf ihre edle Abstammung zu gute — und zwar augenscheinlich oft und mit Erfolg, denn der Dichter polemisiert heftig gegen diese Sitte oder Unsitte —, aber daß hierdurch ein anderer als gesellschaftlicher Vorzug begründet wurde, dafür ergibt das Gedicht nirgends eine Stütze. Die auch kulturhistorisch interessante Polemik des Dichters gegen diejenigen, die auf das Verdienst ihrer Ahnen pochen, sei gestattet, hier wiederzugeben:

„Wehe dem Stolze, der zur Stütz erfordert — Gebein, das vermodert; — des Mannes Stolz ist in seines Herzens

---

[5]) Vgl. Vorwort p. VI, VII f., IX f.

Mitte, — seine Frömmigkeit und edle Sitte. — Dann sagte er her:

> „Wer du immer seist, o Mensch, du bist das Kind
> Deines Heut allein, nicht deines Gestern.
> Warum bist du lüstern nach erlauchtem Stamm,
> Des Verdienst nur deine Laster lästern?
> Hochgeboren ist, wer auch sein Vater sei,
> Wer der Tugend Töchter hat zu Schwestern“[6]).

Der erste wirkliche Stand ist also der Stand der Freien. Ihrem Berufe nach werden sie in die vier großen Gruppen der Raufleute, Kaufleute, Schraufleute und Laufleute eingeteilt[7]). Die Raufleute sind die Krieger, zu deren Klasse vermutlich die meisten Adligen gehört haben. Dann kommt die Klasse der Großkaufleute, der Handelsherren, welche durch ihre Karawanen und Schiffe von weither alle Schätze der Erde herbeischaffen und feilbieten. „Die Schraufleute aber sind die Feldbauer — denen wird Gottes Welt sauer — und ihr Ruhm ist nicht weit erschollen — weil sie haften an ihren Schollen.“ „Endlich die Laufleute sind die Beispringer — die Handlanger und Herbeibringer — die da Künste treiben und Handwerke — ernste Geschäfte und Tandwerke.“ Hierzu zählen auch die Bettler und Landstreicher, deren würdiger Vertreter unser Held ist. Dafür, daß diese vier Klassen, die Abu Seid in seinem sogenannten Testament seinem Sohne aufzählt, streng voneinander geschiedene Gruppen waren, zwischen denen ein Uebergang nicht möglich war, ergibt sich kein Anhalt; auch ist dies unwahrscheinlich. Auch hat es nicht einmal den Anschein, als ob die Klassen der Krieger und Großkaufleute auf der sozialen Stufenleiter eine bedeutend höhere Stellung einnahmen als die beiden anderen Gruppen der Handarbeiter. Vielmehr proklamiert der Dichter durch

---

[6]) p. 151.
[7]) p. 320.

den Mund eines Richters den Grundsatz: „Kein ehrliches Handwerk — ist ein Schandwerk“ [8]).

Ueber die Freigelassenen können wir nichts weiter feststellen, als daß es diese Klasse gab: Wenigstens Freigelassene von Königen [9]). Ueber ihre rechtliche Stellung läßt sich leider nicht das geringste entnehmen.

Auch über Zahl und Lage der Sklaven erfahren wir nur Aphorismen. Wie andere Kostbarkeiten, wurden auch Sklaven verschenkt oder verkauft; so werden einmal eine „kunstfertige Magd“ und ein halbes Dutzend Kamele als Gastgeschenk gegegeben [10]). Vom Sklavenkauf erfahren wir einiges aus der Makame „Der verkaufte Joseph“ [11]). Wir hören, daß man entweder die Vermittlung gewerbsmäßiger Sklavenhändler in Anspruch nahm oder frischweg selber auf den Markt ging, sich die dort zum Verkauf gestellte menschliche Ware genau ansah, wählte und um den Preis feilschte. Mit Uebergabe des Sklaven einerseits, des Kaufpreises andererseits ist der Kauf perfekt [12]). Wird ein Freier wider seinen Willen als Sklave verkauft, so ist das Rechtsgeschäft null und nichtig [13]). Dasselbe ist der Fall, wenn der Freie zwar nicht gegen den Verkauf ausdrücklich protestiert, aber doch dem Käufer erkennbar zu verstehen gibt, er sei ein Freier [14]). Der Kadi entscheidet: „Er ist frei von Haut und Haaren — und gehört nicht zu den käuflichen Waren“ [15]). Auch braucht der Verkaufte dem Käufer in diesem Falle keinen Schadensersatz zu leisten, denn, sagt der Richter: „Wahrlich, wer warnt — hat nicht umgarnt; — wer einen aufmerksam macht —

[8]) p. 282 f. — Hier einige Stellen, in denen Lohnarbeit erwähnt wird: p. 106 f.; 200 Nr. 59, 60, 61; 201 Nr. 74; 202.

[9]) p. 165, Anm. [Rechtsvergl. Studien S. 14.]

[10]) p. 202.

[11]) p. 203—09.

[12]) p. 203—205.

[13]) p. 208.

[14]) p. 208 f. [15]) p. 209.

hat ihn nicht in Schaden gebracht"[16]). Zweifelhaft erscheint der Fall, wenn der Freie im Einverständnis mit dem Verkäufer gehandelt hat; es erscheint dann als ein Gebot der Sittlichkeit, daß er dann jedenfalls verpflichtet ist, den Käufer pekuniär schadlos zu halten. Möglicherweise wird er aber auch zur Strafe wirklich Sklave. Welche Lösung im arabischen Recht Geltung hatte, läßt sich aus unserem Gedicht nicht erschließen, da die indirekten Schlüsse, auf die wir angewiesen sind, als zu unsicher bezeichnet werden müssen[17]).

Interessant ist noch, daß anscheinend die Religion in Bezug auf die Rechtsfähigkeit keinen Unterschied machte, wenigstens nicht insofern, als alle Nichtmohammedaner eo ipso der rechtlichen Persönlichkeit entbehren. Zum wenigsten sind auch Juden und Christen parteifähig im Zivilprozeß und prozeßfähig[18]). So scheint sich zu ergeben, daß die Nichtmohammedaner wenigstens auf privatrechtlichem Gebiet den Moslem gleichberechtigt waren, wenngleich sie vielleicht oder gar wahrscheinlich in öffentlich-rechtlicher Beziehung zahlreichen entehrenden und drückenden Beschränkungen unterlagen[19]).

§ 3.

In der 23. Makame („Die Hochzeit im Wirtshaus") erhalten wir — mit möglichster Auslassung alles für uns unwesentlichen — folgende anschauliche Schilderung der Verlobung und Vermählung[20]): Abu Seid hat den Erzähler in ziemlich heruntergekommenem Zustand getroffen und will

[16]) p. 208.

[17]) [Das Islamrecht kennt eine solche Versklavung nicht. Kohler.]

[18]) p. 222.

[19]) [Der Islamprozeß beschränkt die Nichtmoslims im Zeugnis sehr, Rechtsvergl. Studien S. 154; Vassel, Marokkanische Prozeßpraxis, Mitteil. des Oriental. Seminars V, 2 S. 176. Was die Dichtung anders sagt, ist nicht Islamrecht. — Kohler.]

[20]) „er" ist immer Abu Seid, der Held sämtlicher — in keinem inneren Zusammenhange stehender — Makamen; „ich" der Erzähler Hareth Ben Hemmam, der gleichfalls in jeder Makame wiederkehrt.

ihm wieder auf die Beine helfen, und zwar dadurch, daß er ihm zu einer Heirat verhilft, die ja auch heute noch vielfach als letzter Rettungsanker schiffbrüchiger Existenzen angesehen wird. „Ich sprach: Soll ich meinem Wehstand — noch hinzutun den Ehstand? — Und wer sind denn die Leute, die irgend heim — geben ihr Kind einem Habenichts von Nirgendheim? — Er sprach: Ich bin bei ihnen dein Mittler, — dein Bürge, dein Adler und Betitler. — Im übrigen sind es Leute vom alten Glauben, — nicht klug wie die Schlangen, doch ohne Falsch wie die Tauben; — die sich zum Beruf machen die Lösung der Gefangenen — und die Leitung der Irrgegangenen — und die, haltend an der rechten Satzung, — nicht verlangen des Eidams Brandschatzung. — Ob bei ihnen würde Ibrahim Ben Edhem, — oder Gebebt Ben Eihem, — sie begehrten eben zum Mahlschatz fünfhundert Dirhem, — weil der Prophet so viel für seine Weiber gab — und nicht mehr nahm für seine Töchter ab. — Uebrigens genügt ihnen ein Versprechen, — und vom Baren ist nicht zu sprechen. — Dazu werd' ich, wann du schließest den Ehvertrag, — für dich halten einen Werbvortrag, — . . . . Da reizte mich mehr der gedachte Vortrag, — als die zugedachte Braut, daß ich einging den Vorschlag — und sprach: Ich geb' in deine Hand des Schwertes Heft, — führ' als Freund und als verständiger Mann das Geschäft! — Da schritt er fort großprahlend, — dann kehrt er zurück siegstrahlend — und sprach: Wünsche dir Glück zu deines Glückes Besserung — und deines trocknen Grundes Wässerung, — erkennend mit Dankespflichtigkeit — meiner Dienstbemühungen Wichtigkeit, — denn die Sach ist in Richtigkeit. — Dann lud er auf die Nacht alle Leute des Hauses — und beschickte selbst die Süßigkeiten des Schmauses. — Als nun die Finsternis zog ihr Zelt vom Flor — und jeder, der kein Tor war, schloß sein Tor; — rief er bei Kerzenscheine — zur Versammlung die geladene Gemeine. — Da kam, was nur im Chan war, dem Rufe nach — und sammelte sich in sein Gemach. — Als nun der Braut-

erzeuger mit Gefolg war erschienen, — samt dem Volke derer, die zu Zeugen sollten dienen, — wies er rings die Polster zum Sitzen an ihnen; — worauf er ein Astrolab erhob, — einen Kalender hin und wieder schob — und so lange stellte an einem Horoskop, — bis die ganze Gesellschaft nickte — und Schläfrigkeit jeden bestrickte. —"

Nachdem er dann eine lange Lobrede auf die Verlobten gehalten und Gott gebeten hat, den Bund zu segnen, heißt es weiter:

„Als er so mit seinem Vortrag die Hörer verwundert, — auch den Vertrag geschrieben über die fünfhundert; — sprach er, das Werk zu krönen: — „Zu Eintracht und zu Söhnen!" — Dann bracht er die bereiteten Süßigkeiten [21])."

Dieser Schilderung und anderen zerstreuten Notizen können wir folgende Notizen über die Verlobung und Eheschliessung entnehmen.

Der Eheschließung voran geht eine Brautwerbung; als Brautwerber fungiert ein angesehener, redegewandter Mann, der das Vertrauen des Bräutigams genießt. Die Brautwerbung kann sowohl in Abwesenheit des Bräutigams geschehen [22]) als auch in Gegenwart beider beteiligten Familien und geladenen Gäste [23]).

---

[21]) Rückert a. a. O. p. 171—175; — vgl. hiermit die 24. Makame („Die Bettlerhochzeit"), besonders p. 180 ff.

[22]) p. 171 ff.

[23]) p. 180 ff. Es könnte scheinen, als ob wir in dieser Makame eine Schilderung der Vermählungsfeierlichkeit nach vorausgegangener Brautwerbung vor uns haben; hierfür spricht nicht nur die Ueberschrift („Die Bettlerhochzeit"), sondern auch die bei einer Brautwerbung ungewöhnlich anmutende Anwesenheit so vieler fremder Personen. Daß die Rede, die Abu Seid dort hält, eine wirkliche Brautwerbung darstellt, scheint sich mir aber daraus zu ergeben, daß ausdrücklich gesagt ist, daß der Bräutigam erst nach der Rede das „Jawort" erhalten habe (p. 184). Möglicherweise war diese öffentliche Brautwerbung nur noch eine Scheinwerbung, da der Bräutigam des Jawortes sicher war, denn sonst hätte er sich nicht der Gefahr aus-

Der Verlobungsvertrag ist ein Vorvertrag zum eigentlichen Kaufvertrag über die Frau, beziehungsweise ihr mundiun; man kann ihn charakterisieren als pactum de muliere danda et pretio dando. Als Kontrahenten stehen sich gegenüber die Eltern der Braut, genauer wohl ihr Vater, und auf der anderen Seite der Bräutigam, der aber durch den Brautwerber vertreten wird. Interessant ist, daß wir hier schon das Prinzip der direkten Stellvertretung haben[24]. Die Braut selber hat keinen entscheidenden Einfluß auf den Abschluß des Vertrags[25]: sie muß den ihr als Gemahl Auserkorenen ohne Widerrede nehmen. Dies ergibt sich schon aus der oben besprochenen Makame, da hier die Braut ihren zukünftigen Gemahl noch gar nicht gesehen hatte, also zum mindesten noch keine Zuneigung zu ihm haben konnte und höchstens aus äußeren Rücksichten in die Heirat willigen konnte[26]. Wir finden diesen Grundsatz aber auch ausdrücklich ausgesprochen. So klagt in einem Eheprozeß, mit dem wir uns später noch beschäftigen werden, die Frau dem Kadi in beweglichen Versen ihr Leid und sagt unter anderem:

„Mein Vater pflegte, wann die Freier kamen,
„Sie alle mit dem Vorwand heimzuschicken,
„Er hab's gelobt, sein Eidam solle werden
„Nur, wer ein Handwerk wisse zu beschicken;
„Bis dieser Lugschmied, dieser falsche Münzer,
„Kam, mit des Truges Garn ihn zu bestricken[27]".

Denselben strengen Grundsatz, daß der Vater das unbeschränkte Verfügungsrecht über seine Tochter hat, zugleich aber die Milderung dieses Rechtssatzes durch die Sitte,

---

gesetzt, öffentlich einen Korb zu bekommen. In der Regel wird der Brautwerber ohne Zeugen seinen Antrag vorgebracht haben.

[24]) Vgl. 171 ff.

[25]) [Hierüber Rechtsvergleichende Studien S. 32 f. Kohler.]

[26]) eod.

[27]) eod. p. 283.

indem die Väter — geradeso wie wir es in Korea gefunden haben — beharrlichen Bitten ihrer schmeichelnden Töchter nicht unzugänglich sind, diese Milderung des harten Rechts durch die allgewaltige Macht des ewig Weiblichen können wir auch der Geschichte Chedasch Ben Habis entnehmen, welche in den Scholien zur Erläuterung einer anderen Stelle angeführt ist[28].

Der Vermählungsvertrag selber ist die Erfüllung des Verlobungsvertrages und stellt sich dar als ein Kaufvertrag, durch den für einen anscheinend an den Brautvater zu zahlenden Kaufpreis die Braut oder das mundium über sie an den Bräutigam verkauft wird. Der Kaufpreis konnte verschieden hoch sein und zwar bemaßen tüchtige Geschäftsleute nicht nur die Höhe nach der Schönheit und den häuslichen Tugenden ihrer Töchter, was ja erklärlich ist, sondern auch nach dem größeren oder geringeren Ansehen und Reichtum der Freier, ob aber in der Art, daß die weniger Angesehenen gewissermaßen als Aequivalent desto mehr Mammon dem teuren Schwiegervater bringen mußten, läßt sich nicht entnehmen[29]. „Leute vom alten Glauben, nicht klug wie die Schlangen, doch ohne Falsch wie die Tauben,“ brandschatzen den Freier nicht, sondern haben als reelle Geschäftsmänner einen festen Preis für ihre Ware, wollte sagen für ihre Töchter, von dem sie sich allerdings auch nichts abhandeln lassen, wenn eine besonders Untugendsame oder durch Schönheit durchaus nicht hervorragende zu ihren Töchtern zählt, lieber lassen die Haustyrannen ihre Töchter sitzen[30]. Diese soliden Väter ahmten das Beispiel Mohammeds nach, der für keine seiner Frauen mehr als fünfhundert Dirhem gab, aber auch nicht weniger, und nach demselben Grundsatze seine Töchter vergab[31]. Der Kaufpreis wurde nicht immer bar bezahlt, sondern öfters

[28]) eod. p. 287, Anm. 2.

[29]) p. 172.

[30]) eod.

[31]) p. 172, 175.

teilweise oder gar ganz gestundet[32]): Diese nicht effektive Erfüllung des Kaufvertrages mußte ihm viel von seiner Härte nehmen und einer höheren Auffassung der Ehe die Bahn bereiten, denn hier wird der kreditierte Kaufpreis als Gegengewicht gegen die Willkür des Mannes: Denn wenn er seine Frau schlecht behandelte, mußte der teure Gatte fürchten, nunmehr den Kaufpreis zahlen zu müssen. Auch wird diese Stundung eine Scheidung der Ehe von Seiten des Mannes durchaus nicht begünstigt haben, da er, wenn er seine Frau aus nichtiger Ursache verstieß, doch an seine vertragliche Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises gebunden blieb und sich daher hüten wird, leichtsinnig der Gegenleistung sich zu entäußern.

Die Frau brachte aber — wenigstens oft — dem Manne auch eine Mitgift mit[33]), wodurch der Kaufcharakter noch mehr zu verschwinden beginnt. Wie auch heute gar mancher weniger die Frau um ihrer selbst willen begehrt, als wegen der Mitgift, so scheint es auch schon im alten Arabien solche lüderliche Ehemänner gegeben zu haben, die das eingebrachte Gut der Frau bald durchbrachten und auf Kosten der Frau ein angenehmes Faulenzerleben führten. So klagt jene „unglückliche Frau“, deren Beschwerden wir vorhin schon einmal Gehör schenkten, dem Kadi folgendermaßen ihr Leid:

„Er war ein Müßiggänger, Winkelschläfer,
„Ein Tagdieb, einer von den faulen Stricken;
„Der mein Vermögen niederschlang und schluckte,
„Bis nichts mehr blieb zu schlecken und zu schlicken[34])“.

Doch galt es nicht als anständig, das Vermögen der Frau außer im letzten Notfall anzugreifen, denn in seiner Verteidigungsrede sagt der verklagte Ehemann (unser Held Serug):

---

[32]) p. 172.
[33]) [Rechtsvergleichende Studien, S. 30. Kohler.]
[34]) p. 283.

„Mich zu betten, blieb der Pfühl des Mangels nur
„Und der eigne Hunger zum Verschlingen.
„Da verkauft' ich erst, was mein war, häufte dann
„Schulden, bis sie übers Haupt mir gingen.
„Meine hohlen Eingeweide schnürt' ich ein;
„Und als sich die Flamme nicht ließ zwingen,
„Griff ich meiner Frauen Eingebrachtes an,
„Während mir die Augen übergingen [35])".

Von Wittum und der Morgengabe ist nur einmal die Rede und zwar verlangt die junge Ehefrau, deren Schicksal uns schon so lange beschäftigt, vom Kadi, er solle dem beklagten Ehemann subsidiär befehlen, seine Frau zu entlassen „mit Wittum samt der Morgengabe" [36]). Aus dieser kurzen Andeutung können wir nicht ersehen, ob die Uebersetzung juristisch korrekt ist. Bezüglich des Wittums wenigstens ist dies aber zu vermuten, da der kreditierte Kaufpreis die Tendenz hat, sich zu einer Scheidungsstrafe einerseits, zum Wittum andererseits umzubilden.

Daß Endogamie nicht als Prinzip gilt, wenigstens nicht als absolut zwingendes, läßt sich jener oben gleichfalls schon behandelten Stelle der Scholien über die Brautwerbung Chedasch Ben Habis' entnehmen [37]).

Auch das Institut der Zeitehe tritt uns entgegen. Sie wird von Reisenden eingegangen, um auch während der oft lange dauernden Abwesenheit von der Heimat die Freuden des Ehelebens nicht entbehren zu brauchen [38]). Manchmal aber fiel der ehewütige Fremdling bös herein und konnte sich nur durch richterlichen Ausspruch — dies das für die Rechtsgültigkeit der Zeitehe hier charakteristische Moment — von

[35]) p. 285. [36]) p. 282.

[37]) p. 287. [Ueber die Ehehindernisse, Rechtsvergleichende Studien S. 36. Kohler.]

[38]) [Bekanntlich billigen die Schiiten die Zeitehe, aber nicht die Sunniten; doch findet sie sich mißbräuchlich auch bei diesen. Vgl. Rechtsvergleichende Studien, S. 65. Kohler.]

der Xantippe befreien. So begegnet der Erzähler dem Abu Seid in Tebriz, wie er von einem Schwarm Weiber begleitet wird; auf die verwunderte Frage, was das zu bedeuten habe, deutet unser alter Freund auf eine im Heer — in deren Gebärden zu sehen war die Widersetzlichkeit — und auf ihrem entschleierten Antlitz die Unergötzlichkeit; — und sprach: Die hab' ich gefreit, — daß in der Fremde sie mir sei zur Bequemlichkeit — und von mir nehme des ehelosen Lebens Grämlichkeit; — und doch sie macht mir Unannehmlichkeit. — Sie spielt gegen mich den Mann — und sinnt mir mehr an, als ich leisten kann; — ich bin wie ein abgetriebenes Tier vermagert — und auf Distel und Dorn gelagert. — Nun gehn wir zusammen zum Richter, — daß er werd' unseres Handels Schlichter, — sei's nun gütliche Entscheidung, — oder die Scheidung, die Scheidung! —[39]).

Zweck der Ehe ist die Fortpflanzung des Geschlechtes. Daher wurde zur Einsegnung oder Beglückwünschung bei Verlobungen die Formel gebraucht: „Zu Eintracht und zu Söhnen"[40]) oder auch: „Zu Eintracht und Bestand in Geschlechtern, zu Söhnen nicht zu Töchtern"[41]). Söhne als Stammhalter des Geschlechts waren daher lieber gesehen als Töchter; die heidnischen Araber pflegten daher oft aus Nahrungssorgen ihre Töchter zu töten. Daher mußte Mohammed im Koran ein ausdrückliches Verbot der Kindertötung erlassen[42]). Praktischen Wert hatte dies Verbot nur für die Mädchen, da nur sie früher öfters ausgesetzt wurden, denn „Söhne sind des Vaters Ehrenkrone"[43]).

Die Scheidung der Ehe konnte auf zweifache Weise

---

[39]) p. 240. — Mit dieser 33. Makame („Die Ehescheidung") werden wir uns später noch eingehender beschäftigen.

[40]) p. 175.

[41]) p. 175, Anm. 9.

[42]) p. 183, Anm. 9 a. E.

[43]) p. 223.

geschehen; entweder durch private Vereinbarung der Ehegatten oder auf Anrufen eines Teiles durch den Kadi.

Ehescheidung durch Vereinbarung unter den Ehegatten ist ohne weiteres möglich[44]). Dies zeigt das Beispiel des Dichters Feresdah, welcher seiner Gattin Nawar auf ihr Verlangen die Ehescheidung gab[45]). Der Staat, welcher sich um die Schließung der Ehe nicht kümmert, so daß diese lediglich einen privatrechtlichen Vertrag darstellt, hat auch keinerlei Interesse daran, die Lösung dieses Vertrages, in den kein öffentlich-rechtliches Moment hineinspielt, zu verhindern oder zu erschweren, wenn beide Kontrahenten einig sind, den Kontrakt wieder aufzuheben. Etwas anderes ist es, wenn dieser Dissens nur auf einer Seite vorhanden ist; dann muß unter Umständen die Staatsgewalt als Hüterin des Rechts auftreten, um den Interessenkonflikt zu beseitigen.

Willkürliche Scheidung von seiten des Mannes erscheint ausgeschlossen[46]). Dies bedeutet einen hohen Fortschritt des Eherechts, zu dem eine Parallelerscheinung bilden das schon erwähnte Aufkommen der Ehen, wo nicht der Mann mit einem Opfer an Geld oder Geldeswert seine Frau kauft, sondern wo vielmehr die Frau außer ihrer Person noch eine größere oder kleinere Mitgift in die Ehe bringt. Die hierdurch bewirkte rein faktische Erschwerung der Verstoßung der Frau durch ihren Mann — der Mann muß dann wenigstens die Mitgift wieder herausgeben, wird dies schwere Opfer aber nur nach reiflicher Abschätzung bringen — führt allmählich dazu, der Frau einerseits das Recht auf Fortbestand des Ehevertrages zu geben, bis sie dem Manne — ver-

---

[44]) [Dies ist die Khulascheidung. Rechtsvergleichende Studien, S. 58. Kohler.]

[45]) p. 107, Anm. 7.

[46]) [Dies entspricht dem Islamrecht nicht, das noch heute den willkürlichen Talak des Mannes gestattet. Soweit das Gedicht etwas anderes kundgibt, geht es über das geltende Recht hinaus. Dichtungen dürfen nur mit Vorsicht benützt werden. Kohler.]

schuldet oder unverschuldet — einen triftigen Grund zur Verstoßung gibt, und es ihr andererseits zu ermöglichen, auch ihrerseits durch Hilfe der Gerichte eine Trennung des Ehebandes auch gegen den Willen ihres Mannes herbeizuführen, wenn dieser durch sein Verhalten in gröblicher Weise das eheliche Verhältnis stört. Diesen Zustand können wir unserem Gedicht entnehmen, so dürftig und lückenvoll auch die Angaben über die Ehescheidungsgründe sind.

Aus wichtigen Gründen kann jeder der Ehegatten Scheidung der Ehe durch den Kadi verlangen[47]). Im schon vorhin angezogenen Scheidungsprozeß zwischen Abu Seid und seinem für die Zeit des Aufenthaltes in Tebriz geheirateten Weib bringen sowohl Abu Seid, der alte Gauner, als auch seine Gattin, die sich als würdige Genossin ihres Mannes zeigt, die mannigfaltigsten Klagen vor. Die Frau ist angeblich ungehorsam und zänkisch, der Mann vernachlässigt sein Weib und treibt Ehebruch. Beide verlangen Scheidung, wenn der Gatte seine Untugenden nicht ablegen würde[48]). Der Richter redete beiden gütlich zu: „Du Mann, laß deine Unhuldigkeit — und tu ferner deine Schuldigkeit; — und du Weib, steh ab von deinem Schimpf — und die Last, die er dir auflegt, trage mit Glimpf. — Da sprach das Weib: Bei Gott, ich werde nicht weichen, — er werde mir denn Kleider reichen; — und ich ergebe mich nicht in seinen Willen, — oder er muß erst meinen Hunger stillen“ [49]). Der Richter durchschaute aber das Manöver der beiden Gauner: Der ganze Scheidungsprozeß war nur ein Scheinprozeß, darauf berechnet, vom Kadi ein Almosen zu erbetteln, was Abu Seid zum Schluß doch noch gelingt. Das für uns wichtige Ergebnis dieses Scheinprozesses, daß nämlich auch die Frau beim Vorhandensein wichtiger

---

[47]) [Dies entspricht dem Islam nicht; hier hat die Frau kein Scheidungsrecht. Soweit das Gedicht etwas anderes enthält, geht es über das geltende Recht hinaus und gibt es ein dichterisches Idealrecht. Kohler.]

[48]) p. 240 ff.

[49]) p. 244.

Gründe gerichtliche Scheidung ihrer Ehe verlangen kann, wird durch eine andere Makame bestätigt, deren Inhalt analog ist. Auch hier verlangt ein Weib — oder vielmehr der als Weib verkleidete Sohn — Scheidung von Abu Seid und zwar, weil er die religiöse Pflicht der Wallfahrt zum Prophetengrabe verletzt habe: „So heiß ihm denn, daß er erfülle, — Was ausspricht der Gesetzbuchstabe, — Wo nicht, daß er mich von sich lasse — mit Wittum samt der Morgengabe“ [50]).

Daß Unfruchtbarkeit der Frau ein Ehescheidungsgrund ist — daß also nicht immer der verstoßene Teil die Scheidung verschuldet haben mußte — ist bei der großen Wertschätzung der Kinder, wenigstens der Söhne, sehr wahrscheinlich und scheint sich auch aus einer der „Gesetzesfragen“ zu ergeben, die Abu Seid vorgelegt und von ihm geistreich beantwortet werden. Ihr Wesen liegt darin, daß sie zweideutig sind. Die eine lautet:

„Doch, wenn meine Frau ihr Becken zerbrochen? — Wenn du willst, die Scheidung sei gesprochen [51]).“ Becken kann sowohl Waschbecken als einen Körperteil bedeuten. Die Antwort bezieht sich auf die zweite Bedeutung und spricht dann dem Mann das Recht der Scheidung zu. Damit ist der Grundsatz ausgesprochen, daß der Mann bei einer Verstümmelung der Frau, welche ihr die Erfüllung der ehelichen Pflichten unmöglich und dadurch die Ehe zu einer kinderlosen macht, seine Gattin verstoßen kann.

So weit über das Eherecht. Ueber andere familienrechtliche Verhältnisse finden sich nur geringe Andeutungen, so zunächst über die Rechte der Eltern über ihre Kinder. Daß der Vater über sie kein ius vitae ac necis mehr hat, ist schon erwähnt. Wohl aber sind die Söhne zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet. Dies ist Gegenstand einer besonderen Makame, in der erzählt wird, wie Abu Seid wieder in listiger

[50]) p. 281 f.

[51]) p. 199, Nr. 43.

Weise die Mildtätigkeit eines Kadi ausbeutet, aber diesmal nicht durch einen fingierten Eheprozeß, sondern durch eine Klage gegen seinen angeblich ungehorsamen Sohn [52]). „Dem Kadi schien die Klage schwer, — er blickt im Kreise seiner Leut' umher, — und sie zeigten sich erstaunt wie er. — Dann sprach er: Ich bezeuge beim höchsten Throne, — Söhne sind des Vaters Ehrenkrone; — aber Kinderlosigkeit ist minder — und Kinderverlust gelinder, — als Ungehorsam der Kinder [53])." Und zum Schluß gibt er dem Sohne die Mahnung: „Und hüte dich vor Widersetzlichkeit — gegen deines Vaters Unverletzlichkeit! — Wo du noch einmal wirst widerstreben, — so werd' ich, was du verdienst, dir geben" [54]). Ungehorsam des Kindes gilt also nicht nur moralisch als verwerflich, sondern ist, wie z. B. auch stark ausgeprägt im altbabylonischen Recht, eine strafbare Handlung.

Das Vorkommen der Adoption ergibt sich wohl aus derselben Makame, denn Abu Seid nennt seinen Sohn einen „Pflegesohn" [55]): Möglicherweise will er damit aber nicht sagen, daß er ihn adoptiert hat, sondern nur, daß er ihn großgezogen hat [56]), denn einige Zeilen weiter heißt es: „Und ich hab' ihn gezogen und gepflogen doch, — von dem an, da er auf den Vieren kroch, — bis nun er fliegt in den Lüften hoch" [57]).

Schließlich wird noch die Vormundschaft kurz erwähnt in der folgenden Gesetzesfrage: „Darf auch ein Vormund seine Pupille drücken? — Ja, oder mit der Hand sie jücken" [58]).

---

[52]) p. 221 ff.

[53]) p. 223.

[54]) p. 227.

[55]) p. 223.

[56]) [Dies ist anzunehmen, da der Islam die Adoption verwirft. Kohler.]

[57]) p. 223.

[58]) p. 198, Nr. 35.

(Fortsetzung folgt.)

XII.

Die Bantus der Elfenbeinküste.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Ueber die Rechtsverhältnisse dieser Bantus liegt ein ausführlicher Band vor, herausgegeben von Clozel und Villamur, Les coutumes indigènes de la côte d'ivoire (1902), welcher auf Grund eines von der französischen Regierung den dortigen Beamten vorgelegten Fragebogens ausgearbeitet worden ist. Das Buch erfüllt leider nicht alle Erwartungen, die man hegen möchte, und zwar hauptsächlich deswegen, weil der Fragebogen offenbar von ganz unkundiger Hand entworfen worden ist, ohne rechtes Verständnis der ethnographischen Probleme und der vergleichenden Rechtswissenschaft, meist im Anschluß an den Code civil, dessen Kategorien für diese Völker fast ganz unbrauchbar sind. Trotzdem bieten die Berichte manches Erhebliche, und das, was wir bereits von den Bantus wissen, wird dadurch von neuem bestätigt.

I. Personenrecht.

§ 2.

In meinem Negerrechte p. 3 ff. legte ich dar, daß diese Volksstämme vom Mutterrecht ausgehen, daß sich aber vaterrechtliche Entwicklungen daran anknüpfen. Obgleich nämlich meist noch der Neffe dem Onkel im Erbrecht und im Thron

folgt, so lebt er doch nicht bei seinem Onkel, sondern bei seinen Eltern, und das hat zur Folge, daß nicht nur den Eltern eine starke Erziehungsgewalt zusteht, sondern sie auch die Arbeitskräfte des Kindes sich zu Nutze machen können, und solches führt wiederum dazu, daß der Hausvater in der Lage ist, das Kind nicht nur selber als Arbeitswesen zu benutzen, sondern es zu verpachten oder zu verpfänden. Dieser Satz wird durch die Berichte vollständig bestätigt. Die meisten Stämme haben ein Mutterrecht in diesem Sinne, mit dem angeführten Einschlag des Vaterrechts. Bei wenigen ist noch das Mutterrecht mit größerer Kraft lebendig, bei wenigen ist es durch das Vaterrecht ganz verdrängt. Mutterrechtlich in dem Sinne, daß der Neffe dem Onkel im Erbrecht folgt, aber doch mit der Beschränkung, daß der Vater Erziehungs- und Verfügungsgewalt hat, sind die Agni Baule p. 97, 105 und 112; so auch die Agni Sanwi, p. 171, die Agni Indenie p. 147, 155, wo mindestens die Eltern zusammen das Kind verpfänden dürfen, p. 152 und der Gläubiger des Vaters auf das Kind greifen kann, p. 161, ferner die Ngulango: auch hier besteht das Mutterrecht in der Erbfolge, während nicht der Onkel das Verfügungsrecht über das Kind hat, sondern das Familienhaupt; doch soll er es nicht verpfänden, p. 350, 357. Ebenso bei den Adiukru: auch hier gilt das Erbrecht in der Mutterlinie, und die Ehe zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe ist untersagt, p. 423, 424; doch folgt in der Dorfherrschaft der Sohn dem Vater, p. 434 (nicht der Neffe dem Onkel), auch können die Kinder vom Vater verpfändet werden, p. 440. Auch bei den Abrons besteht das Mutterrecht, und Erbe ist der Bruder, eventuell der Neffe von der Schwester her, p. 191, 211; der Vater aber kann über das Kind verfügen, p. 204. Bei den Brignans gilt auch das Mutterrecht in obiger Weise, p. 452, jedoch mit der Verstärkung, daß der Vater das Kind nur mit Einwilligung der Mutter verpfänden kann, und daß der Onkel solches nach dem Tode des Vaters vermag. Eine starke Ent-

wicklung des Mutterrechts scheinen die Alladians insofern aufzuweisen, als nicht nur das Erbrecht sich mutterrechtlich gestaltet, p. 391, 399, sondern auch der Onkel über den Neffen die Verfügungsgewalt hat, p. 392; während die Gläubiger des Hausvaters allerdings die Familienmitglieder und, wie es scheint, auch das Kind in Schuldhaft nehmen dürfen, p. 419.

Es zeigt sich hier klar, daß das Mutterrecht sich in der Entwicklung stößt an der tatsächlichen Gestaltung der Familie; denn es ist eine Widernatur, daß das Kind dem Onkel unterworfen sein soll, während es mit seinen Eltern lebt und von diesen erzogen wird. Begreiflich ist es, daß man allmählich das Verhältnis zum Onkel immer mehr zurückdrängt und schließlich das Mutterrecht überwindet. So finden wir ziemlich volles Vaterrecht bei den Diula: hier verfügt nicht nur der Vater über das Kind, sondern das Erbrecht steht dem agnatischen Bruder oder dem ältesten Brudersohn zu, p. 288 f. Aehnlich scheint es sich bei den Kong zu verhalten, wo der nächste, dann der zweitnächste Bruder oder der Sohn des ältesten Bruders u. s. w. zur Erbschaft gelangt, p. 317; und auch aus Sassandra wird uns mitgeteilt, daß dort das Mutterrecht wenig Bedeutung habe, p. 495: der Vater hat die Verfügung über das Kind und kann es verpfänden, p. 499, und Erbe ist der älteste Bruder, in Ermanglung der älteste Sohn und nur wenn dieser nicht volljährig ist, der älteste Neffe, p. 500; und auch bei den Cavally besteht das Vaterrecht, denn es erbt der Bruder oder der Sohn oder der Brudersohn, p. 507, 515; doch dürfen hier die Eltern ihre Kinder nicht verpfänden, p. 512. Auch bei den Seguela hat sich das Vaterrecht entwickelt, p. 326: Erbe ist der Bruder, bezw. der Sohn; die Tochter ist es nur in Ermanglung von Männern, und auch das nur beschränkt; Neffenerbfolge ist ausgeschlossen, p. 335, 336. Bei den Alladians findet sich das Vaterrecht bezüglich der Kinder der Sklavin, p. 392, 399.

Das Vaterrecht hat sich auf solche Weise von selber aus der natürlichen Gestaltung der Familie herausgebildet, es

mußte natürlich gesteigert werden durch die allüberall verbreitete Einrichtung des Frauenkaufes[1]); denn so sehr die Berichterstatter uns mehr als einmal versichern, daß die Frauen nicht gekauft werden, so ist es doch überall Brauch, daß für sie an die Eltern der Frau ein Preis bezahlt werden muß, allerdings mehr oder minder; und ebenso ist und bleibt der Gedanke lebhaft, daß durch diesen Preis eine Gleichwertung mit der Hingabe der Frau eintrete. Wer dieses nicht als Frauenkauf bezeichnet, der erklärt damit nur, daß ihm der Frauenkauf im Sinne der eherechtlichen Entwicklung fremd geblieben ist. Bei vielen Stämmen sind von der Verlobung an regelmäßig Geschenke an die Eltern zu leisten. Auf solche Weise wird uns der Frauenkauf bestätigt bei den Alladians, hier auch in der Weise, daß der Bräutigam nach dreijährigem Umgang nochmals ein Geschenk, das Hauptgeschenk an die Eltern und an die Braut geben muß und dann erst als endgültig verheiratet gilt, p. 394. Auch bei den Adiukru werden bis zur Eheschließung von Zeit zu Zeit Geschenke an die Eltern gemacht, p. 435, das Gesamte beträgt 120—160 Frs., p. 437. So wird ein an die Eltern der Frau zu entrichtender Frauenpreis erwähnt bei den Brignans, p. 456. In Sassandra beträgt das Frauengeld 4 × 60 Frs., p. 497. Die Abrons zahlen den Frauenpreis in regelmäßigen Zielern an die Eltern, während die Frau eine weiße Schürze geschenkt bekommt, p. 194, 197. Ferner wird der Frauenpreis erwähnt bei den Agni Indenie, p. 150, bei den Agni Sanwi (15—100 Frs.), p. 174, bei den Ngulango, wo der Bräutigam bis zur Eheschließung durch Geschenke und durch Hilfsleistungen im Felde die Frau erdienen muß, p. 352, bei den Buna, wo bis zu 150 Frs. bezahlt wird, aber auch die Frau Ausstattungsstücke mitbringt, p. 309. So auch bei vaterrechtlichen Stämmen: namentlich bei den Seguela, p. 328, bei den Diula (5 Frs. an Vater, 5 Frs. an Mutter, 25—50 Frs. an Braut), p. 281, bei den

[1]) Negerrecht S. 24 f.

Kong, p. 318. Bei wenigen Völkern finden wir noch Spuren des Frauenraubes, so bei den Ngulango: hier wird das Mädchen vor der Ehe eingesperrt und dann vom Jüngling und seiner Schar mit Gewalt weggeführt; Schwestern und Brüder widersetzen sich eine Zeitlang; während sieben Nächten schlafen sodann die Gefährtinnen bei der Braut; dann geht sie nach Hause zurück und muß von neuem geholt werden, p. 354. Es ist daher auch begreiflich, daß die Frauen mit dem Nachlasse vererbt werden, z. B. bei den Agni Indenie, p. 155, bei den Brignans, p. 452. Begreiflich ist ferner, daß überall Vielweiberei herrscht (mindestens in Theorie): eine Eigenheit aller Frauenkaufvölker; so bei den Agni Indenie, p. 149; wobei die erste Frau allerdings ein Vorrecht hat, so bei den Brignans, p. 454, bei den Adiukru, p. 435.

§ 3.

Ueberaus häufig, sogar regelmäßig ist die Kinderverlobung[2]). Es entwickelt sich daraus eine gewisse Vorstufe des Ehestandes, die hauptsächlich ausgenutzt wird, damit der Bräutigam der Familie der Braut Dienste leistet; so bei den Diulas, p. 278, bei den Alladians, p. 393 f., bei den Ngulangos, p. 352, in Sassandra, p. 498, bei den Adiukru, p. 435, bei den Cavally, p. 510.

Entsprechend findet man auch die Jungfernprobe; doch ist die Sache nicht sehr ernst: nötigenfalls wird eine Buße entrichtet, so bei den Abrons, p. 198, oder ein Teil des Frauenpreises verweigert, so bei den Alladians, p. 394.

§ 4.

In Bezug auf die Eheschließung haben manche Stämme den auch sonst verbreiteten Brauch, daß nur an bestimmten Tagen des Jahres geheiratet wird; so ist es bei den Diula, p. 281.

---

[2]) Negerrecht S. 23.

§ 5.

Was die ehelichen Verhältnisse betrifft, so gilt allüberall der Grundsatz, daß zwar der Ehemann die Ehe scheiden und die Frau verstoßen, und daß die Frau den Mann verlassen kann, daß aber die rechtliche Tragweite dieser Handlungen sehr verschieden ist, je nachdem hierzu genügende Veranlassung vorhanden war oder nicht[3]). Meist ist es so, daß, wenn der Mann keinen genügenden Grund gab, ihm der Frauenpreis von der Familie zurückerstattet werden muß, während er ihn verliert, wenn er die Scheidung verschuldet hat. Solches wird in den verschiedenen Berichten in verschiedenen Lesarten und in verschiedenen Wendungen erzählt. Man sieht hiebei, daß sich die Berichterstatter ohne rechtes Verständnis der Sache geäußert haben; allein das, was sie sagen wollen, ist zweifellos. Niemand denkt daran, eine Ehe gewaltsam zusammen zu halten, auf der anderen Seite rächt sich die Willkür in der Ehescheidung durch die vermögensrechtlichen Folgen. Ueber letztere entscheidet nötigenfalls das Gericht und damit spricht es sich natürlich auch mittelbar über die Berechtigtheit oder Unberechtigtheit der Ehescheidung aus. Man vergleiche in dieser Beziehung die Schilderungen über die Adiukru p. 439, über die Brignans, p. 459, Cavally, p. 511, Abrons, p. 202 f., Agni Indenie, p. 151, Agni Sanwi, p. 175, Agni Baule, p. 103 f., Buna, p. 311, Seguela, p. 330, Ngulango, p. 356. Bei den Alladians kann der Ehemann verlangen, daß die Frau auf ihre Untreue den Fetisch nimmt, p. 398.

Das Vermögen des Ehegatten während der Ehe bleibt getrennt, so bei den Agni Baule, p. 101, bei den Alladians, p. 396.

§ 6.

Auf den Tod des Mannes folgt für die Frau eine Trauerzeit von mehreren Monaten[4]), in der sie eingeschlossen ist und

[3]) Vgl. Negerrecht S. 26 ff. [4]) Negerrecht S. 19.

nicht heiraten darf. Nach Ablauf der Zeit wird ein Fest gefeiert, und sie ist wieder frei; so bei den Agni Baule, p. 104, bei den Ngulango, p. 363, bei den Alladians, p. 411, bei den Adiukru, p. 437, wo der Glaube besteht, daß sonst die Neuvermählten verrückt würden. Aber auch die Erbschaft wird erst nach Ablauf der Trauerzeit eröffnet, so bei den Alladians, p. 411.

§ 7.

Die Ankindung ist wenig entwickelt; sie findet sich bei den Agni Baule für gefundene oder arme Kinder, p. 106.

Auch das kommt vor, daß man aus Geisterfurcht, wenn mehrere Kinder hintereinander starben, ein weiteres Kind an dritte überträgt, so bei den Adiukru, p. 441, bei den Alladians, p. 400 f. (zwar wird das Kind auch hier von der Mutter aufgezogen, doch die Geister sollen irregeführt werden).

§ 8.

Ueber die Verwandtschaftsnamen erfahren wir leider sehr wenig, ebenso über die Totemgruppen: hierüber wurden die Berichterstatter offenbar ungenügend unterrichtet; wir hören nur, daß bei einigen Stämmen sich zwischenehelich Gruppen finden, die ihre besondere Opfer haben, so bei den Alladians, p. 392 f., und daß bei den Agni Baule die Ehe in uteriner Verwandtschaft verboten ist, p. 97.

§ 9.

Die Sklaverei ist allgemein verbreitet[5]), ist aber im allgemeinen sehr milde. Die Sklaven vertreten eben die Dienstboten, die man sonst nicht kennt. Auch besteht, wie bei den übrigen Bantus, der Grundsatz, daß die Kinder der Sklaven Halbsklaven werden, so namentlich bei den Seguela: diese schulden nur noch drei Tage in der Woche Arbeit, p. 339; ihre Nachkommen werden allmählich ganz frei.

---

[5]) Negerrecht S. 12.

Das Schlimme war nur, daß man den einen oder anderen Sklaven dem Toten opferte, so bei den Agni Indenie, p. 158, bei den Agni Sanwi, p. 178.

II. Vermögensrecht.

§ 10.

Die Grundeigentumsverhältnisse[6]) sind allgemein so gestaltet, daß das Land zunächst dem Stamm und sodann dem Dorf gehört, welches wiederum die einzelnen Felder unter die Familien verteilt. Bei manchen Stämmen wird uns besonders erzählt, daß regelmäßige Wiederverteilungen unter die Familien stattfinden, so bei den Agni Baule, p. 109. Daneben besteht eine Menge unbebauten Bodens; wer ihn bebaut, erwirbt für sich ein Alleinrecht, aber auch nur für solange, als er ihn bebaut. Von einer Veräußerung des Eigentums kann hiernach keine Rede sein. Das ist der Stand des Grundeigentums, wie es sich überhaupt in Afrika findet, bald mit kollektiver Austeilung, bald mit Zuweisung an den einzelnen, der Land bebauen will, und so lange er es bebauen will. In wenigen Gemeinden scheint sich die Entwicklung weiter gestaltet zu haben, so daß das zugewiesene Land dem einzelnen auch dann weiter gehört, wenn er die Bebauung unterbricht; ja sogar Landveräußerung wird einige Male erwähnt. Das Regelmäßige finden wir bei den Agni Baule, p. 107 f. (bei denen der Einzelbesitz mit Zeichen versehen wird, p. 108), bei den Agni Indenie, p. 154, bei den Agni Sanwi, p. 176, bei den Abrons, p. 208, 220, bei den Kong, p. 320, bei den Brignans, p. 464, bei den Adiukru, p. 443, bei den Seguela, p. 334, bei den Ngulango, p. 359, in Sassandra, p. 499, bei den Cavally, p. 513 f.; während von den Alladians erzählt wird, daß, wer Land bebaut, in der Art Eigentümer werde, daß er veräußern und vererben könne, so p. 403.

---

[6]) Negerrecht S. 31.

§ 11.

Die Verträge[7]) werden vor Zeugen abgeschlossen, so z. B. bei den Diula, p. 293, bei den Kong, p. 321, bei den Alladians, p. 412, Abrons, p. 219 (wo die Zeugen zugleich die Verantwortlichkeit übernehmen); auch unter Beschwören des Fetisch, so bei den Alladians, p. 412. Bei den Agni Baule findet sich auch die Form, daß man sich mehrere Male die Hände drückt, auch mit der Hand das Auge berührt, daß man bei Himmel und Erde schwört, p. 122; bei den Agni Indenie gibt es die Selbstverfluchung, daß den Zuwiderhandelnden der Gott töten solle, p. 158.

An gewissen Feiertagen werden keine Verträge abgeschlossen, so bei den Ngulango, p. 365.

§ 12.

Als Geld dient, soweit europäische Einflüsse keine Aenderung herbeigeführt haben, Goldstaub, Salz, Eisenstücke u. dergl.; so bei den Agni Baule, p. 125, Seguela, p. 338. Darlehen sind nicht selten: der Zins beträgt 50, ja bis zu 100 %; so z. B. bei den Ngulango, p. 367, Abrons, p. 223.

§ 13.

Schenkungen sind stets widerruflich; so bei den Diula, p. 292; daher wird, um die Schenkung zu befestigen, auch in der Form des Kaufs geschenkt, so bei den Alladians, p. 407.

Anfänge des Testaments sind nachweisbar: der mündlich geäußerte Wille pflegt befolgt zu werden; so bei den Diula, p. 291, 292, bei den Agni Baule, p. 113 (sofern über einen entsprechenden Teil des Vermögens verfügt wird), bei den Alladians, p. 411.

§ 14.

Das Schuldrecht[8]) ist allüberall so gestaltet, daß der Gläubiger das Recht der Selbstpfändung hat und nicht nur

---

[7]) Negerrecht S. 35.

[8]) Negerrecht S. 37.

die Habe des Schuldners an sich ziehen, sondern auch seine Person, meist auch seine Familienmitglieder gefangen nehmen und für sich arbeiten lassen darf. Die Lage dieser Schuldgefangenen ist eine mehr oder minder strenge. Nicht selten finden von Seiten des gepfändeten Schuldners Repressalien statt, und daraufhin werden Schiedsrichter angerufen, welche die Schuldfrage zu entscheiden haben. Auf diese Weise hat sich die Sache fast bei allen Stämmen entwickelt: so bei den Agni Baule, p. 128, 130: die Pfändung wird hier regelmäßig nicht im Hause vorgenommen, sondern irgendwo auswärts, wo man den Schuldner, seine Sachen oder seine Familie trifft; so bei den Agni Indenie, p. 160; so bei den Abrons, p. 225, so bei den Diula, p. 297, bei den Seguela, p. 338, 340 (wo jedoch die Pfändung sich nur auf die Habe und auf die Familie des Schuldners, nicht auf den Schuldner selber erstrecken soll), p. 338; ähnlich bei den Alladians, p. 415, 419, wo übrigens der Ehemann die Frau nicht verpfänden darf, p. 397, bei den Brignans, p. 471, wo sich der Gläubiger eines Kindes aus der Familie des Schuldners bemächtigt; bei den Buna wird die Jahresarbeit des Pfandlings auf 150 Frs. geschätzt, p. 313. Der Pfandling ist in seiner Freiheit beschränkt: er darf bei den Alladians das Dorf nicht verlassen, p. 415; die Pfandfrauen aber soll der Gläubiger bei den Abrons nur unter Zustimmung des Verpfänders geschlechtlich gebrauchen, p. 221. Vergl. auch bezüglich der Adiukru, p. 440.

Wer den Pfandling auslöst, tritt in das Recht gegen ihn ein, so bei den Agni Baule, p. 128.

Die Familienhaftung führt, wie überall, zur Befugnis, ein sich wiederholt haftbar machendes Mitglied auszustoßen oder gar zu verkaufen; so bei den Agni Baule, p. 135 (bei wiederholtem Diebstahl).

III. Strafrecht.

§ 15.

Das Strafrecht[9]) steht fast durchaus auf dem Stande der Wergeldvergütung: fast jede Tat kann mit Geld gesühnt werden; so bei den Agni Baule, p. 135 f., den Agni Indenie, p. 163, bei den Alladians, p. 421 u. a. Doch hat die Entwicklung des Häuptlingsrechts auf der einen Seite und die stärkere Zusammenfassung der genossenschaftlichen Erziehungsgewalt auf der anderen noch weitere Strafen herbeigeführt; so namentlich Prügelstrafe bei den Seguela, p. 340, und bei den Brignans ist Geldstrafe, Prügel, Einsperrung, aber auch Todesstrafe gebräuchlich, doch so, daß sie durch eine Summe von 4 × 260 Frs. ausgekauft werden kann, p. 473; bei den Agni Sanwi gibt es Ausstellung, Verbannung, Versklavung, p. 182, 183; bei den Abrons kann die Blutrache durch Geldstrafe abgelöst werden, während für einen Sklaven nur Geld, 1050 Frs., zu entrichten ist, p. 228, und der Abkauf findet sich auch bei den Buna, wo im übrigen auch Gefangenschaft und Prügel vorkommen, p. 314. Bei den Cavally herrscht ebenfalls die Geldstrafe, jedoch Todesstrafe für den Verrat, p. 520. Die Kong kennen Prügel, Gefängnis, Todesstrafe, der Auskauf soll selten sein, p. 322. Außerdem muß natürlich berücksichtigt werden, daß die Giftprobe vielfach den Beschuldigten hinwegrafft und auf solche Weise die Todesstrafe ersetzt. Es findet sich aber auch die ausdrückliche Bestimmung, daß, wer den Gifttrank nicht besteht, getötet und sein Kind (oder mindestens eines dieser) Sklave des Königs wird; so bei den Abrons, p. 215. Auch die Tötung des auf frischer Tat ertappten Diebes findet sich bei den Buna, p. 314.

§ 16.

Der Ehebruch wird nirgends besonders ernst genommen und meist durch eine kleine Geldbuße gesühnt, die von dem

---

[9]) Negerrecht S. 41.

Ehebrecher zu entrichten ist, während die schuldige Frau höchstens mit Prügeln heimgesucht wird. Solches wird von den meisten Stämmen berichtet, z. B. von den Agni Baule, p. 102, Agni Sanwi, p. 174, wo der Ehebrecher von 15—100 Frs. bezahlt, von den Agni Indenie: 9—100 Frs., p. 151, von den Abrons, p. 200 (nur, wenn mit einer Frau des Königs, ist die Sache ernster und tritt Todesstrafe ein); ferner von den Brignans, p. 459, den Seguela, p. 330, den Ngulango, p. 335, den Cavally, p. 511 (hier wird die Frau zur Strafe gebrannt), den Diula (Geldstrafe oder Prügel), p. 283. Wie wenig es damit ernst genommen wird, geht daraus hervor, daß manche Stämme das sogen. Ugon-Institut haben, wonach, wer die Frau eines anderen für sich haben will, ihr einfach eine Nadel ins Haar steckt und dem Mann eine Entschädigung anbietet, worauf ihm dieser sein Weib abtreten muß; so bei den Alladians, p. 398, bei den Adiukru, p. 439: die Höhe der Summe wird im Streitfall durch das Palaver bestimmt, beispielsweise in einem Betrag von 240 Frs. Bei dieser Sachlage ist es auch begreiflich, daß der Grundsatz: pater est quem nuptiae demonstrant — ganz ausnahmslos gilt; das Kind ist unter allen Umständen Kind des Ehemanns, wie solches beispielsweise von den Agni Baule, p. 105, von den Seguela, p. 331, aus Sassandra, p. 498 und sonst erzählt wird.

IV. Rechtsgang.

§ 17.

Die Gerichte haben sich gestaltet als Familiengerichte, Dorfgerichte, Stammesgerichte, je nachdem die Streitigkeiten sich in kleinerem oder größerem Kreise abspielen; ganz nach dem Grundsatze, daß, wo überall sich solche Kreise finden, diese dafür zu sorgen haben, daß auf ihrem Gebiete Ordnung und Ruhe herrscht. So finden wir diese Gerichte in verschiedener Verfassung bei den Agni Baule, p. 138 f., bei

den Agni Indenie, p. 165 f., bei den Agni Sanwi, p. 184, bei den Diula, p. 301, bei den Kong, p. 323, bei den Seguela, p. 342 f., bei den Abrons, p. 229, in Sassandra, p. 503, bei den Brignans, p. 474, den Alladians, p. 422, den Adiukru, p. 445, 447, den Cavally (wo die kleinen Sachen vor das Dorfgericht, größere vor das Stammesgericht kommen), p. 523 f. Dabei hat sich bereits wie sonst in Afrika ein Berufungsrecht gebildet: vom niederen Gericht zieht man die Sache an das höhere; so bei den Seguela, p. 343; dies natürlich um so mehr, wo sich das Häuptlingsrecht entwickelt hat und das höhere Gericht das Häuptlingsgericht ist, so bei den Agni Sanwi, p. 184, bei den Buna, p. 313.

Zwischen Zivil- und Strafprozeß ist natürlich kein Unterschied. Der Strafprozeß unterliegt vollkommen dem Anklageverfahren nach dem Grundsatz: wo kein Kläger, da kein Richter, so bei den Seguela, p. 343, den Diula, p. 302, bei den Agni Baule, p. 139[10]); doch gibt es Fälle der Popularanklage, so bei den Alladians, p. 424, und insbesondere wird der Verrat auf Anklage eines jeden verfolgt, so bei den Cavally, p. 525.

Vor Gericht erscheint der Ankläger und der Angeklagte persönlich; nicht selten kommen ihnen auch Sprecher zur Hülfe, so bei den Abrons, p. 229. Auch stellen die Parteien Eideshelfer, welche sich über ihren Charakter und ihr Vorleben äußern und danach erklären sollen, ob sie ihre Aussage für wahr halten oder nicht; so bei den Diula, p. 305, bei den Agni Baule, p. 142, bei den Agni Indenie, p. 169.

Bei manchen Stämmen gibt es einen Untersuchungsführer, der eine Vorschlagstimme hat, so bei den Cavally, p. 524; wo Häuptlingsrecht besteht, läßt der Häuptling die Sache durch einen Vertreter untersuchen, so bei den Buna, p. 313.

Nach afrikanischem Grundsatze hat nicht der Besiegte, sondern der Sieger die Kosten des Prozesses zu tragen, denn

---

[10]) Negerrecht S. 51.

er hat den Vorteil davon, so bei den Agni Baule, p. 144, bei den Kong, p. 323 (in Gestalt von Geschenken), Abrons, p. 234.

§ 18.

Als Beweismittel im Prozeß[11]) werden fast überall Zeugen genannt, auch der Eid des Anklägers oder des Angeklagten oder auch beider; so wird der Zeugenbeweis bei den Diula, p. 302, bei den Seguela, p. 343, in Sassandra, p. 504, bei den Abrons, p. 233, den Agni Indenie, p. 166, ferner wird Zeugenbeweis und Eid bei den Alladians, p. 426, bei den Brignans, p. 476 und bei den Agni Baule, p. 141 erwähnt, in der Art, daß, wer falsch schwört, den Fluch auf sich lädt, so daß sein baldiger Tod eintritt, p. 123 f., 142. Allüberall steht als letztes Beweismittel hinter allen anderen das Gottesurteil, und zwar gewöhnlich das Heißölordal, wo etwas aus einem heißen Kessel herausgeholt werden muß, und sodann für schwere Verbrechen das Giftordal. Das Heißölordal wird erwähnt bei den Alladians, p. 427, in Sassandra, p. 504, bei den Agni Indenie, p. 167, bei den Agni Sanwi, p. 185, bei den Cavally, p. 527; das Giftordal bei den Alladians, p. 428, bei den Adiukru, p. 448, bei den Brignans, p. 476, in Sassandra, p. 500 und 504, bei den Abrons, p. 215, 233, bei den Agni Indenie, p. 157, 167, bei den Agni Sanwi, p. 185, den Agni Baule, p. 142, bei den Cavally, p. 527. Dabei erfahren wir mehrfach interessante Einzelheiten; bei den Alladians gibt es neben der Giftprobe noch eine leichtere Probe mit Brechmittel: diese wird gewöhnlich von einem Stellvertreter vollzogen, p. 426; bei den Abrons soll das Gift erst nach mehreren Tagen wirken, p. 233, wobei natürlich inzwischen Gegenmittel möglich sind; bei den Agni Baule kann das Gift auch durch ein Huhn genommen werden, p. 142.

Von verschiedenen Stämmen, z. B. den Agni Indenie

---

[11]) Negerrecht S. 53 f.

wird berichtet, daß das Gottesurteil zweiseitig ist, p. 186. Von anderen erfahren wir, daß, wenn der Angeklagte es besteht, ihm eine Buße, z. B. von 100 Frs. gezahlt werden muß, so bei den Abrons, p. 215.

Bei einigen Stämmen findet sich auch die Bahrprobe, indem der Tote gegen seinen Mörder zeugt und zwar insbesondere gegen den, der ihn durch Zaubermittel hinweggerafft hat, da auch hier allgemein der Glaube gilt, daß, wer ohne ersichtlichen Grund gestorben ist, notwendig einem Zauber unterlegen sei; so bei den Agni Baule, wo der Leichnam getragen wird und die Beine des Verstorbenen die schuldige Person berühren, p. 120; bei den Abrons: hier entscheidet das Schwenken einer Matte, auf der der Verstorbene geruht hat: sie wird von Leuten auf dem Kopfe getragen und gibt durch ihre Bewegung an, wer der Täter ist, p. 214; bei den Alladians kommt es vor, daß man statt des Leichnams eine Puppe trägt, und daß die Art, wie sich diese zu den einzelnen Namen und Personen verhält, den Ausschlag gibt, so p. 409, 410. Auch von den Agni Indenie wird von der Bahrprobe erzählt, p. 157.

§ 19.

So fehlen uns noch die Anknüpfungen an die alte Totem- und Gruppenverfassung; daß sie bestanden hat, ist bei dem verbreiteten Totemismus der Bantus und bei den nachgewiesenen Verwandtschaftsverhältnissen der Baronga (Zeitschrift XIV, S. 457 f.) sicher. Im übrigen ist uns das Banturecht in allen seinen Teilen sicherer bekannt, als das Recht irgend eines deutschen Stammes vor 800 Jahren; und wer behauptet, daß es uns an genügender Rechtsgrundlage fehle, zeigt uns, daß er hinter der Zeit zurückgeblieben ist.

Miszellen aus der ethnologischen Jurisprudenz.

Von

Dr. Albert Hellwig.

1. Die Wurzeln des Zwangsvergleichs.

Bei meinen Materialsammlungen für meine Studien über das Asylrecht fand ich verschiedene Notizen über einen faktischen Zwangsvergleich, die doppelt interessant sind, weil unsere Kenntnisse über das Konkursrecht des außereuropäischen Kulturkreises mehr als minimal genannt werden müssen.

Von den vier Moscheen in Tunis sprechend, welche Asylqualität haben, teilt uns Frank folgendes mit:

„Ces mosquées servent particulèrement d'asile aux débiteurs poursuivis pour leurs dettes, et ils s'y trouvent complétement à l'abri des poursuites de leurs créanciers; ils y restent ainsi jusqu'à ce qu'ils aient pu les solder ou prendre des arrangements avec eux; s'il leur survient cependant quelque affaire trop importante, et qu'ils soient absolument obligés de sortir, ils peuvent le faire sans crainte d'être molestes en se munissant d'un chapelet du cheykh de la mosquée qui leur serte d'asile. Ce chapelet ne se délivre guère par celui-ci qu'à raison de la rétribution d'un sequin Mahboub (sept francs en viron de notre monnaie) que le débiteur paye par jour au cheykh dont il obtient ce sauf-conduit“ [1]).

Die Asylstätten dienen in Tunis also, wie im Altertum [2]) und bei zahlreichen Naturvölkern auch zahlungsunfähigen Schuldnern als Zufluchtsstätte. Da das Schuldrecht oft grausam strenge ist, erfüllen die Asyle auch in dieser Hinsicht eine soziale Aufgabe.

---

[1]) Marcel, „Hist. de Tunis, précédé d'une description de cette régence par le Dr. Louis Frank“ (Paris 1851), p. 65.

[2]) Für Griechenland z. B. vgl. Plutarch, „De vit. aere alieno“ III, 3.

Daß andrerseits hierdurch nicht etwa geradezu zum leichtsinnigen oder gar betrügerischen Bankerott gedrängt wurde, ergibt sich aus der Erwägung, daß die Kridare sicher nicht Lust hatten, ihr Leben in der Moschee zu beschließen, sondern zweifellos diesen Zufluchtsort nur als interimistischen Aufenthalt zur Sicherung vor der Schuldhaft oder gar noch Schlimmerem (in partes secanto!) erwählten. Sie werden alle Hebel in Bewegung gesetzt haben, um vom sichern Ort aus einen gütlichen Ausgleich mit ihren Gläubigern herbeizuführen. Aber auch den Gläubigern selber mußte viel daran gelegen sein, ein billiges Abkommen mit dem Gemeinschuldner zu treffen. Denn wenn der Kridar vielleicht auch nicht alle Habseligkeiten auf seiner Flucht in die Freistatt hatte mitnehmen können, so hatte er doch zweifelsohne soviel wie möglich zusammengerafft und sicherlich nicht das wertloseste. Da etwas immerhin noch besser ist als nichts, so werden die Gläubiger auf das Anerbieten des Schuldners, ihm einen Teil seiner Schuld zu erlassen, eingegangen sein, um wenigstens den Rest ihrer Forderung zu retten. Zur Beschleunigung dieses — wenn auch nicht durch Rechtsnormen unmittelbar, so doch durch die nicht minder zwingenden tatsächlichen Verhältnisse gebotenen — Zwangsvergleichs wird in Tunis noch die Einrichtung beigetragen haben, daß sich der Gemeinschuldner gegen eine Vergütung von 7 frcs. täglich den Rosenkranz des Cheykhs der Moschee leihen konnte und mit diesem als Talisman ruhig sein Asyl verlassen konnte, ohne Angriffe seiner Gläubiger fürchten zu müssen. Da hierdurch einerseits das Vermögen des Schuldners immer mehr von Tag zu Tag zusammenschmolz, mehr als sonst schon, also immer weniger Masse für die Befriedigung der Konkursgläubiger übrig blieb, andrerseits aber der Schuldner unter dem Schutze des Rosenkranzes seinen Gläubigern zu trotzen vermochte und zu befürchten war, daß er sich gar ganz in Sicherheit bringen könne, so mußte den Gläubigern daran liegen, sobald wie irgend möglich sich mit dem Schuldner zu einigen, denn jede Verspätung bedeutete für sie einen baren Verlust.

So lernen wir hier eine interessante Funktion des so vielgestaltigen und auf alle möglichen Seiten des sozialen Lebens tiefeinwirkenden Asylrechts kennen: die Personalexekution wird zu Gunsten der Realexekution verdrängt, ein Zwangsvergleich im Konkursverfahren bildet sich!

Auch bei andern Völkern läßt sich dieser Entwicklungsgang verfolgen, so z. B. in Persien.

Bassets Bericht hierüber lautet folgendermaßen: „Debtors are sometimes imprisoned until payment be made, or they are whipped. To shun this extremity they may escape to a mosque, and on assigning what property they have for the benefit of their creditors receive a release from the mullah. But this practise is less common now than formerly. The more common practice is to seize all the property of a debtor. The has none, he is whipped until his friends are moved to pay the amount required“ [3]).

Und schon Dapper erwähnt diese Eigenschaft der Asylstätten, indem er sagt: „Viele Schuldner fliehen dahin, und bleiben allda so lange, bis sie sich mit ihren Kreditoren und Gläubigern vertragen haben“ [4]).

Damit vergleiche man noch was Jourdain sagt: Der säumige Schuldner erhält mehrmals Aufschub vor Gericht; schließlich aber wird er seinen Gläubigern ausgeliefert, die nach Gutdünken mit ihm verfahren dürfen: nur töten und zum Krüppel machen dürfen sie ihn nicht. Dagegen steht es ihnen frei, den Kridar, sein Weib, sein Kind als Sklaven zu verkaufen. Auch mißhandeln können die Gläubiger den Schuldner und ihn unter Schlägen in der Stadt herumführen. Besonders wichtig aber ist die Bemerkung, daß die geistlichen Richter — deren Gegensatz zur Regierung sich überhaupt in dem Kampfe um und gegen das Asylrecht zeigt, der jahrhundertelang schon Persien durchtobt [5]) — den Bankerott nur zu begünstigen suchen und daß es nur durch Vermittlung der weltlichen Richter den Gläubigern gelänge, zu ihrem Recht zu kommen [6]).

---

[3]) J. Basset, „Persia the land of the Imams.“ (A narrative of traveland residence 1871—85) London 1887, p. 284.

[4]) „Beschreibung des Königreichs Persien.“ „Aus unterschiedlichen alten und neuen Land- und Reisebeschreibungen anfangs in niederländischer Sprache zusammengetragen durch O. Dappern, anizo aber ins hochteutsche getreulichst übersetzt von Johann Christoff Beern.“ (Nürnberg 1681), S. 131.

[5]) Hierüber ausführlich in einem der weiteren Hefte der von Kohler herausgegebenen „Berliner juristischen Beiträge“.

[6]) Jourdain, „Tableau de la Perse“ (Paris 1814), t. IV p. 4 f.

Auch im mittelalterlichen Deutschland müssen analoge Verhältnisse geherrscht haben. Ich erinnere mich genau, bei Beginn meiner Asylrechtsstudien gelesen zu haben, daß es Städte gab, die den aus den Nachbarstädten geflohenen Schuldern Aufnahme gewährten und daß die Gläubiger hierdurch veranlaßt wurden, einen Akkord mit dem Kridar abzuschließen[7]), vermutlich habe ich dies irgendwo bei Carlholm „Tractatus de asylis" (Upsala 1682), gelesen, doch möglicherweise auch in einer anderen älteren Monographie über das mittelalterliche Verbrecherasylrecht.

Daß wenigstens dem innerstaatlichen Asylrecht auch für die Entwicklung der Zwangsvollstreckung und des Konkurses ein bedeutender Einfluß nicht abgesprochen werden kann, dürften schon obige Zeilen gezeigt haben. Aber auch das Fremdenasylrecht hat vielleicht eine nicht unwichtige Rolle in der Universalgeschichte der Umwandlung der Personalexekution in Realexekution gespielt.

Auf beide Fragen gedenke ich näher einzugehen in meiner „Philosophie des Asylrechts", mit der ich in einigen Jahren meine in den „Berliner Juristischen Beiträgen" erscheinenden Forschungen zur Universalgeschichte des Asylrechts zu schließen gedenke.

2. Zur Frage der Couvade.

Im „Ausland" (1890, Nr. 37) teilt Stoll, der bekannte Züricher Ethnologe und Mediziner, der ins Land der Basken eine Studienreise unternommen hat, mit, daß man dorten von einer Couvade nichts wisse. Hieran anknüpfend bemerkt Krauß, der Kenner der Südslawen: „Es wird sich damit so verhalten, wie mit der Couvade bei den Südslaven; sie mag nämlich nur auf der Erfindung eines müßigen Berichterstatters beruhen". („Am Urquell", II, 1891, p. 67). Aus Mittelitalien wird im „Globus", 1891, S. 344 mitgeteilt unter Bezugnahme auf einen Artikel von Riccardi (im „Archivio per l'antropologia e la ethnologia" XX, fasc. 1), daß die Wöchnerin sich während der Entbindung nicht ins Bett legen darf, sondern, auf einen Stock gestützt, stehen muß, wie die Madonna auch; der Mann dagegen legt sich ins Bett, bis die Sache vorbei ist. „Ein Anklang an die Couvade dürfte das freilich kaum sein."

---

[7]) [So auch in Italien, vgl. Leitfaden des Konkursrechts, S. 16. Kohler.]

Es ist nicht recht einzusehen, weshalb hier keine Couvade vorliegen soll, da wir hier doch gerade einen typischen Fall vor uns haben. Wie soll denn sonst die Sitte erklärt werden, daß der Gatte während der Entbindung seiner Frau ruhen muß? Irgend ein Gedanke muß doch dieser Volkssitte zu Grunde liegen, und so lange nicht ein anderer plausibel gemacht ist, spricht die Vermutung doch entschieden dafür, daß wir es auch hier mit der universalen Idee des Wochenbettes des Mannes zu tun haben. Denn selbst, wenn die Couvade wirklich bei Basken und Südslawen eine fälschlicherweise angenommene sein sollte, und nicht vielmehr diese „negativen Fälle", die im Widerspruch mit früheren positiven Mitteilungen stehen, sich einfach dadurch erklären lassen sollten, daß sich dieser Brauch nur in gewissen kleineren Bezirken erhalten hat — was aber wenigstens bei Krauß nicht anzunehmen ist — so ist damit gegen das universalgeschichtliche Bestehen des Institutes als solchem nichts vorgebracht: Es verhält sich damit ebenso wie mit dem ius primae noctis — das vielfach richtiger ein officium primae noctis ist —, das dadurch nicht aus der Welt geschafft werden kann, daß in dem einen oder anderen Fall nachgewiesen wird, daß es zu Unrecht angenommen ist.

Allerdings ist es eine noch nicht recht beachtete Gefahr, daß gerade bei solchen „interessanten" Instituten ein Reisender von dem anderen abschreibt, d. h. frischweg das, was er für ein anderes Volk gültig gelesen, auch für das Land, dessen Erforschung er seine kostbaren Dienste weiht, behauptet, um die Lektüre seiner wissenschaftlichen Reisebeschreibung recht interessant zu machen. Immerhin haben wir eine große Anzahl durchaus einwandsfreier Berichte über das Bestehen sowohl der Couvade als des jus primae noctis, aber über ihre universale Verbreitung können wir infolge jener Phantasieberichte leicht falsche Anschauungen gewinnen.

Der Couvade liegt die Idee zu Grunde, daß Kind und Vater in einem gewissen geistigen Zusammenhang stehen, die Couvade ist die Symbolisierung des aufdämmernden Vaterrechts[8][9]. Auf den

---

[8]) [Vgl. darüber Recht, Glaube und Sitte in Grünhuts Zeitschr. XIX S. 297 f. Kohler.]

[9]) Möglicherweise ist hie und da auch der Gedanke maßgebend, daß die bösen Geister von der Wöchnerin und dem Kind abgelenkt

gleichen Gedankengang geht es zurück, wenn die Grusier es für unzulässig halten, mit einem Schwur die Seele des Zeugen zu belasten, solange dessen eheliche Frau schwanger ist[9]), während sonst — auch bei uns in Deutschland vielfach — nur der Glaube herrscht, daß eine schwangere Frau selber nicht schwören dürfe, weil sonst das erwartete Kind viel auf dem Gericht liegen müßte[10]).

3. Strafe des Ertränkens bei den Aino.

In seiner sehr lesenswerten „Anthologie aus der asiatischen Volksliteratur“ (Weimar 1898, S. 15) erzählt Seidel auch ein Märchen der Aino, aus dem sich mir zu ergeben scheint, daß diese die Strafe des „Säckens“, des Ertränken des todeswürdigen Verbrechers, nachdem man ihn in einen Sack gesteckt hat, auch gekannt haben müssen.

Ein Häuptling befiehlt seinen Leuten folgendes: „Leute! Dieser Mann ist nicht nur ein Bettler, sondern auch ein nichtsnutziger Betrüger; steckt ihn in eine Matte, wickelt ihn hinein, um ihn zu töten, und werft ihn in den Fluß. So geschehe ihm!“

---

werden sollen, sodaß es sich hier um eine Art „Geisterbetrug“ handeln werde.

[9]) Löwenstimm, „Eid und Zeugnispflicht nach den Ansichten des Volkes“ (Archiv für Kriminalanthropologie VII, 1901, p. 196).

[10]) Darüber vgl. meine Skizze: „Eid und Aberglaube“ im „Archiv für Kriminalanthropologie“.

Kurze Besprechungen.

S. Braßloff, Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreichs. Weimar, Böhlau. 1902. 92 Seiten.

Der erste Teil der Untersuchungen bezieht sich auf die Geschichte des beneficium excussionis. In den Papyrusurkunden begegnet uns eine Reihe von Gestellungserklärungen (Parastasiserklärung), deren rechtliche Wertung bestritten ist. Wenger hatte jüngst diese Gestellungserklärungen als vindexartige bezeichnet (im Sinne der älteren Lenelschen Auffassung des Ladungsvindex), und im besonderen betont, daß hier wie dort die Erklärung an den Magistrat, resp. dessen Bureaupersonal, adressiert werde; der Bürge verspreche zunächst, den Beklagten zu exhibieren, im Falle der Nichtgestellung ihn zu defendieren. Braßloff macht demgegenüber geltend, daß die (ältere) Lenelsche Auffassung des Ladungsvindex nach den römischen Quellen nicht haltbar sei; er bezieht die in Frage stehenden Parastasiserklärungen vielmehr auf das dem Bürgen bei Abwesenheit des Hauptschuldners im Sinne der Novelle 4 zustehende beneficium („Gestellungsprivileg"); aus einem Vergleich der Gestellungsurkunde mit einem Passus in Lond. Pap. II n. 311 folgert er, daß das dem Bürgen zustehende beneficium excussionis in seiner vollen Ausgestaltung schon in der ersten Hälfte des 2. nachchristlichen Jahrhunderts in Aegypten in Wirksamkeit gewesen ist. Braßloff bezieht die Gestellungsurkunden auf Fälle, wo ein Bürge, wegen Abwesenheit des Schuldners belangt, sich zunächst von der Klage befreit durch die vor der Behörde abgegebene Erklärung, daß er den Hauptschuldner innerhalb einer Frist exhibieren, eventuell defendieren werde. — Es erscheint fraglich, ob die sorgfältig geführte Untersuchung soviel beweist, wie sie beweisen will, im besonderen, ob für die geschichtliche Entwicklung der privat-

rechtlichen Bürgschaft ein sicheres Resultat gewonnen ist. Die Urkunden beziehen sich alle auf das Gebiet des Verwaltungsrechts; die Verpflichtung des Hauptschuldners wie des Bürgen gehört diesem Gebiete an (Liturgien u. dergl.); in der Regel ist überhaupt nicht von einer Bürgschaft die Rede derart, daß der Bürge schon vor der Gestellungserklärung Bürge wäre und nun als Bürge belangt würde. Braßloff sieht sich in den einzelnen Fällen gezwungen, anzunehmen, daß eine der Gestellungserklärung vorausgehende Aktion des Erklärenden (z. B. die Nomination) als Bürgschaftserklärung interpretiert oder von Gesetzes wegen als solche behandelt werde.

Der zweite Teil der Untersuchungen beschäftigt sich mit dem ἄγραφος γάμος des syrisch-römischen Rechtsbuches. Die Papyri haben ergeben, daß in der römischen Kaiserzeit in Aegypten zwei Arten gültiger Ehe bestanden, der vollwertige ἔγγραφος γάμος und der minderwertige ἄγραφος γάμος. Der Unterschied zwischen den beiden Arten liegt im wesentlichen darin, daß bei ἔγγραφος γάμος schriftliche Vereinbarungen über die Dos (φερνή) vorliegen, welche bei ἄγραφος γάμος fehlen; der Unterschied in den Rechtswirkungen liegt wesentlich auf erbrechtlichem Gebiet (bei ἄγραφος γάμος keine testamenti factio des Kindes vivo patre). Ein solcher Dualismus zwischen Schriftehe und schriftloser Ehe findet sich auch im syrisch-römischen Rechtsbuch; dort wird der Ehe mit Schriftsatz über die φερνή (ἔγγραφος γάμος) gegenübergestellt einer bei anderen Völkern auftretenden Eheschließung, bei der das Weib mit παρρησία gefreit, mit der gepriesenen Krone der Jungfrauschaft gekrönt, und in das Haus des Mannes geführt wird. Bisher nahm man nach dem Vorgang von Bruns an, der Spiegler vergleiche das Recht des Ostens (Schriftehe) mit dem Recht des Westens (Konsensualehe); die Beschreibung der Feierlichkeit, die den Schriftsatz ersetzt, wurde auf die römische domum deductio bezogen; man dachte sich weiter die Entwicklung so, daß unter dem Einfluß der römischen Ideen (consensus facit nuptias) auch im Osten neben der Schriftehe ein γάμος ἄγραφος sich entwickelte, der freilich nicht die Wirkung einer Vollehe (γάμος ἔγγραφος) hatte.

Im Gegensatz hierzu führt Braßloff aus, daß der Spiegler verschiedene Systeme des Ostens vergleiche, da sich auch hier seit altersher der Dualismus finde; er verweist hierfür freilich auf späte

Quellen, die Ekloge und die Epanagoge. Diese ergeben eine Analogie zu der Ueberlieferung des syrisch-römischen Rechtsbuches; im besonderen erscheint auch in der Ekloge als ein γάμος ἄγραφος die Eheschließung durch Krönung (στεφάνωσις); sie gehört zur Eheschließung durch Benediction (εὐλογία) und entstammt dem griechisch-orientalischen Kirchenrecht; nach diesem ist sie unzulässig, wenn die Braut Witwe ist oder wenn sonst Virginität nicht vorhanden ist; die Krönung erfolgt öffentlich (παρρησία). Den Ursprung des syrischen ἄγραφος γάμος erblickt Braßloff in Bestimmungen des jüdischen Rechts. —

Johannes Nietzold, Die Ehe in Aegypten zur ptolemäisch-römischen Zeit, nach den griechischen Heiratskontrakten und verwandten Urkunden. Leipzig, Veit & Comp., 1903. 104 Seiten. M. 3.50.

Das Eherecht hat, seitdem es eine Papyrusforschung gibt, in besonderem Maße die Aufmerksamkeit der Forscher auf sich gezogen; die einschlägigen Urkunden sind besonders zahlreich und erwiesen sich von Anbeginn deswegen besonders interessant, weil das Recht dieser Urkunden wesentlich vom nationalrömischen Recht abweicht. Verfasser vereinigt nun die zerstreuten Einzelforschungen zu einem Gesamtbild des ägyptischen Eherechts; neben den griechischen Urkunden werden auch die demotischen Urkunden herangezogen. So gelingt es in einigen Fragen, auch die geschichtliche Entwicklung der Institute zu zeigen (frühe Ptolemäerzeit, späte Ptolemäerzeit, Römerzeit, christlich-byzantinische Zeit). Die Hauptergebnisse der Untersuchungen und Zusammenstellungen Nietzolds sind folgende:

Das ägyptische Recht kennt zwei Arten von Ehe (γάμος), die Schriftehe (ἔγγραφος γάμος) und die schriftlose Ehe (ἄγραφος γάμος). Der Unterschied besteht nicht darin, daß in dem einen Fall eine Urkunde aufgenommen wird, in dem andern nicht, sondern darin, daß für den γάμος ἄγραφος schriftliche Abmachungen über die φερνή und das Zusammenleben der Ehegatten (συνοικεῖν) wesentlich sind. In der rechtlichen Behandlung zeigt sich eine Inferiorität der schriftlosen Ehe: Kinder aus schriftloser Ehe können zu Lebzeiten des Vaters einen anderen Erben nicht im Testament ein-

setzen; ist die agraphische Tochter selbst wieder in agraphischer Ehe verheiratet, so kann ihr Vater die Ehe scheiden, d. h. er kann seine Tochter vom Ehemann zurückverlangen. — Es kommt vor, daß eine agraphische Ehe später in eine engraphische verwandelt wird; daraus wird geschlossen, daß die agraphische Ehe oft die Bedeutung einer Probeehe (Erprobung der weiblichen Fruchtbarkeit) hatte; ein Probejahr ist nicht nachgewiesen. Geschwisterehe ist ägyptische Landessitte; Polygamie ist ursprünglich zulässig, die Ehe nimmt aber immer mehr monogamen Charakter an, so daß mit einem γάμος ἔγγραφος auch ein γάμος ἄγραφος unverträglich ist. Spuren des Mutterrechts zeigen sich in den Filiationsbezeichnungen; die demotischen Papyri bezeichnen die Kinder durchaus nach der Mutter. In den Urkunden der Ptolemäerzeit findet sich eine Doppelbenennung, in den bilinguen Inschriften benennt die griechische Schrift den Vater, die ägyptische nur die Mutter; wo die griechische Abfassung nur die Mutter benennt, hat man es mit unehelichen Kindern zu tun, bei denen die Nennung des Vaters unmöglich ist (ἀπάτορες, spurii).

Die Urkunden über die Eheschließung sind ihrer Form nach regelmäßig ὁμολογίαι, Protokolle, die von einer Urkundsperson aufgenommen werden und die Paziszenten in dritter Person sprechen lassen; seltener tritt die Form des χειρόγραφον auf, in welchem der Aussteller selbst in erster Person spricht. Die Urkunden enthalten eine genaue Bezeichnung der Vertragspersonen und des κύριος der Frau (Beistand, nicht Vertreter); wo die Urkunde von einer Urkundsperson aufgenommen ist, müssen Ehemann und Gegenkontrahent des Ehemanns unterschreiben; diese ὑπογραφή ist subjektiv stilisiert. Bezüglich der eigentlichen Beurkundung kann dreierlei unterschieden werden:

1. Die Abfassung der Urkunde, 2. die Anzeige an das Steuerregister und die daselbst erfolgende Umschreibung, 3. die Legalisierung der Urkunde durch Eintragung in ein Register (γραφεῖον, ἀναγράφειν). — Der Inhalt der Eheverträge zeigt neben Abmachungen über Zusammenleben (eheliche Treue) und Alimentation besonders solche über Dos und Donatio propter nuptias; die Sätze, die Mitteis (Reichsrecht und Volksrecht) über die griechische Dos aufgestellt hat, finden dabei ihre Bestätigung: Dos im Eigentum der Ehefrau, Rückfall an den Vater bei Auflösung

der Ehe, Dos Erbabfindung. Die Donatio propter nuptias tritt in Form der fiktiven Mitgift auf; der Ehemann muß diese fiktive Dos, die er gar nicht erhalten hat, im Falle der Scheidung aus seinem Vermögen hergeben; „es wurde Brauch, daß die Braut dem Mann die Brautgabe als Teil der Mitgift wieder ins Haus brachte, oder, was noch einfacher war, der Mann im Ehe- eventuell auch Dotalkontrakt anerkannte, eine Mitgift zu haben, während tatsächlich diese Empfangsbestätigung des Mannes bedeutet, daß die donatio gleich als dos vom Mann zurückbehalten worden sei."

Die Verabredungen über Rückgabe der fiktiven Dos zeigen das Besondere, daß der Mann, wenn er die Frau verstößt, sofort zurückgibt, in anderen Fällen erst nach 30 Tagen; weiter kommt vor: Verabredung eines Strafzuschlages ἡμίολιον (poena dimidiae partis), Einräumung einer Generalhypothek, Exekutivklausel, Verabredungen über Versorgung der schwangeren Frau, bezw. des nasciturus. Werden erbrechtliche Verfügungen mit dem Ehekontrakt verbunden, so wird technisch von συγγραφοδιαθῆκαι gesprochen. In den Scheidungsurkunden wird der Scheidungsgrund nicht angegeben; dagegen finden sich die Verabredung der Aufhebung des ehelichen Lebens, Bestätigung der Rückgabe der fiktiven Dos, das Versprechen, keine weiteren Ansprüche zu erheben. Neben solchen Vertragsurkunden finden sich auch einseitige Scheidungsurkunden (ῥεπούδια).

Besonderes gilt für die Ehen der Soldaten. Dem römischen Bürgersoldaten ist während der Dienstzeit das matrimonium juris civilis verboten; eine vor Dienstbeginn bestehende Ehe wird für die Zeit des Dienstes suspendiert; bis Severus ist auch das Zusammenleben mit Frauen verboten. Dem römischen Bürgersoldaten ist nur die Möglichkeit eines matrimonium ex jure gentium (mit peregrinen Frauen) und des legitimen Konkubinats gegeben. In Praxis und Gesetzgebung finden sich aber Ansätze zu einer Besserstellung des Soldaten. Dotalverträge werden, da sie als solche — nach dem Prinzip nulla dos sine matrimonio — nicht gehalten werden können, aufrecht erhalten als Darlehens- oder Depositalverträge; die in verbotener Ehe erzeugten Soldatenkinder erhalten trotz ihrer Unehelichkeit ein beschränktes Erbrecht gegen den Erzeuger und erben in der Klasse unde cognati. Severus erlaubte

den Soldaten das Zusammenleben mit Frauen, ohne gleichzeitig das matrimonium justum zu gestatten; technische Bezeichnung für eine solche mit dem Soldaten zusammenlebende Konkubine ist focaria.

Edouard Lambert, La question de l'authenticité des XII tables et les Annales Maximi (Extrait de la nouvelle revue historique de droit français et étranger, mars-avril 1902) 53 S.[1])

Nachdem schon Ettore Pais (Storia di Roma I 550 ff., II 546 ff.) die Ueberlieferung angefochten und die XII Tafeln mit der Publikation des Cn. Flavius (304 v. Chr.) identifiziert hatte, geht Lambert in der Ansetzung des Alters der XII Tafeln noch tiefer hinab. Die Ueberlieferung über Entstehung und Alter der XII Tafeln mitsamt dem Decemvirat sei eine verhältnismäßig erst spät auftretende Legende. Sextus Aelius Paetus Catus, Konsul 198 v. Chr., der Verfasser der Tripertita (Pompon. Dig. I 2, 2, 38) habe, ähnlich wie Loysel, die vieux adages et brocards du droit civil zusammengestellt; sein Werk verhalte sich zu den sogenannten XII Tafeln wie das Jus Papirianum zu der sogenannten leges regiae. Für das junge Alter der „XII Tafeln“ werden geltend gemacht: Die Unzuverlässigkeit und Verworrenheit der Ueberlieferung über das Werk der Decemviri, die späte Erwähnung der XII Tafeln (Sache und Bezeichnung), Sprache und Stil des Gesetzes, im besonderen der Inhalt des Gesetzes; es sei vom Standpunkt der Rechtsvergleichung aus nicht wahrscheinlich, daß ein Gesetz aus der Mitte des 5. vorchristlichen Jahrhunderts schon alle die Institute und Rechtssätze gekannt habe, die den XII Tafeln zugeschrieben werden. — Mit den Nachrichten über die Geschichte des Decemvirats setzt sich Lambert dadurch auseinander, daß er die Glaubwürdigkeit der Annales Maximi und Fasti Capitolini in Zweifel zieht: P. Mucius Scaevola habe in den Annales Maximi sich nicht darauf beschränkt, die tabulae annales der Pontifices zu reproduzieren, er gebe vielmehr un ouvrage personnel, une édition remaniée, entièrement transformée et extraordinairement augmentée; die Decemviri seien erfunden.

Zürich. **H. F. Hitzig.**

---

[1]) [Vgl. hiezu auch Lamberts bedeutendes Werk: La fonction du droit civil comparé und meine Besprechung dazu in der Zeitschr. f. Sozialwissenschaft VII S. 602 f. — Kohler.]

P. F. Girard, L'histoire des XII tables (Extrait de la nouvelle revue historique de droit français et étranger de Juillet-Août 1902). 56 S.

Die Abhandlung enthält eine Wiederlegung der Lambertschen Hypothesen und eine besonnene, in allen Punkten zutreffende Verteidigung der bisher herrschenden Ansicht. Die Argumentation Lamberts wird in allen einzelnen Punkten sorgfältig nachgeprüft. Bezüglich der Entstehungsgeschichte der XII Tafeln wird mit Recht betont, daß nach Beseitigung alles Zweifelhaften als sicheres Resultat stehen bleibt: Die Einsetzung der Zehnmänner, Titel, Name, wie Aufgabe derselben; die Liste der Magistrate in den kapitolinischen Fasten ist unverdächtig; als Zeit des Decemvirats ergibt sich die Mitte des 5. vorchristlichen Jahrhunderts; unverdächtig ist auch die Nachricht, daß die XII Tafeln publiziert wurden, wiewohl die Berichte über das Material der Tafeln divergieren. Die philologischen Untersuchungen über die Sprache der Fragmente ergeben für einige derselben mit Bestimmtheit ein hohes Alter; auch der Inhalt führt auf eine ältere Zeit als auf diejenige des Plautus und Terenz. Die Rechtsvergleichung ist mit Vorsicht anzuwenden, da ein einzelnes Volk einen bestimmten Entwicklungsgang rascher absolvieren kann als ein anderes und wir überdies nicht wissen, welche Entwicklung des Rechtes in Rom der Zeit vorausgegangen ist, in die von der herrschenden Lehre der Ursprung der XII Tafeln verlegt wird.

Zürich. **H. F. Hitzig.**

A. Hellwig, Das Asylrecht der Naturvölker. Mit einem Vorwort von J. Kohler. — (Berliner Juristische Beiträge zum Zivilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Strafprozeß und zur vergleichenden Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. J. Kohler. Heft 1). Berlin 1903, R. v. Decker. 122 Seiten.

Das neue wissenschaftliche Unternehmen Kohlers hat sich mit der vorliegenden Arbeit aufs beste eingeführt. Sie bringt das Asylrecht der Naturvölker Ozeaniens, Afrikas und Amerikas zur Darstellung, auf Grund der von Kohler u. A. in dieser Zeitschrift veröffentlichten ethnographischen Rechtsstudien und mit Herbeiziehung einer reichen geographischen Literatur. Als Asyl betrachtet der

Verfasser die Rechtseinrichtung einer bestimmten Rechtsgemeinschaft, durch welche bestimmten Personen oder Orten die rechtliche Macht verliehen wird, Personen, welche sonst des Rechtsschutzes dieser Rechtsgemeinschaft entbehren, dauernd oder für gewisse Zeiten Rechtsschutz angedeihen zu lassen. Es wird also das persönliche und das örtliche Asyl in die Darstellung einbezogen. Kohler tadelt, daß das zeitliche Asyl weggelassen wurde. Nach den Personen, welchen es zugute kommt, ist das Asyl ein Verbrecherasyl, Sklavenasyl oder Fremdenasyl.

Das Asylrecht wird uns bei zahlreichen Stämmen im Zusammenhang mit ihrer wirtschaftlichen und staatlichen Verfassung gezeigt, und so haben wir fast ebensoviele Schnitte durch den Stamm der Entwicklung des Institutes. Auf der untersten Stufe stehen die in kleinen Trupps die öde Wüste Kalahari durchstreifenden Buschmänner, ohne staatliche Organisationen und ohne Asylrecht. Dann kommen Stämme, in denen der innere Zusammenhalt und das Häuptlingswesen eine gewisse Stärke erreicht haben; das Asylrecht ist ein Machtmittel der Staatsgewalt zur Ueberwindung der Blutrache. Und endlich wird das Asylrecht, wo es seine Aufgabe gelöst, zum Hindernis für eine geordnete Rechtspflege und wird deshalb von der Staatsgewalt bekämpft in demselben Grade, als es von einer widerstrebenden Priesterschaft oder Feudalaristokratie gehegt wird (Abessynien). Damit ist dann allerdings der Kreis der Naturvölker bereits überschritten.

Es sind noch andere Entwicklungsgänge, die uns fesseln: Das religiöse oder theokratische Element und das auf rein egoistischen Berechnungen beruhende Sklaven- und Fremdenasyl. Ist die religiöse Handlung durch lange Uebung aus ursprünglich bewußt zweckmäßiger Handlung zur Gewohnheit geworden, bei der das Zweckbewußtsein verloren gegangen oder vielmehr in ein Gefühl der Notwendigkeit sich umgesetzt hat, welches sich an religiöse Vorstellungsreihen anknüpft? Oder war der Traumzustand, der Instinkt, das ursprüngliche und das bewußte das spätere? Das letztere wird wohl im allgemeinen anzunehmen sein; es schließt indessen gelegentliche umgekehrte Vorgänge, gewissermaßen Rückbildungen, nicht aus. Sind die ânaïa volontaire und die ânaïa forcée der Kabylen Entwicklungsstufen oder Abzweigungen? Diese Unterscheidung der Asylgestattung und des Asyls, auf das der

Hilfesuchende ohne weiteres Anspruch hat, dürfte überhaupt noch durchgreifender gemacht werden.

Es knüpfen sich also an dieses Urinstitut menschlicher Kultur eine Reihe von Fragen der Menschheitsentwicklung überhaupt. Der Verfasser stellt uns eine Universalgeschichte und Philosophie des Asylrechts in nahe Aussicht. Dazu wird er den Kreis der asiatischen Völker, Juden und die mohammedanische Kultur ebenfalls heranziehen. Wir erwarten dieses größere Werk mit Spannung; die vorliegende Bearbeitung wird daneben ihre selbständige Bedeutung voraussichtlich beibehalten.

Zürcher.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet durch Dr. Goltdammer, unter Mitwirkung einer größeren Zahl in- und ausländischer Gelehrter und unter ständiger Mitarbeit von Oberreichsanwalt Dr. Olshausen, Dr. James Goldschmidt, Privatdozent und Dr. Maas, Bibliothekar am Reichsmilitärgericht, herausgegeben von Prof. Dr. J. Kohler. 50. und 51. Jahrgang. Berlin (R. v. Deckers Verlag) 1903, 1904.

Der altbekannte und als Führer, zuerst in der preußischen, dann in der deutschen Strafpraxis bewährte Goltdammer hatte zum Beginne seines 47. Jahrganges eine Verjüngung erfahren, die ihm eine neue Serie von vielen Jahrgängen sichern wird. Gestützt auf einen Stab von berühmten Mitarbeitern hatte der unermüdliche Kohler die Leitung ergriffen und dem Werke neue Formen und neuen Geist eingeflößt, den Gesetzgebungsfragen eine erhöhte Aufmerksamkeit zugewendet in Abhandlungen und in einer ständigen Rubrik „Zur Reform des deutschen Strafrechts“, unter welcher die Literatur über Gesetzgebungsfragen besprochen wird. Das Leitmotiv, das Kohler in seiner Einleitung zum Redaktionsantritt der Reform unterstellt: „Ein Strafgesetz muß so gestaltet sein, daß jeder ehrlich Denkende sicher sein kann, in seinem ehrlichen Verhalten unbehelligt zu bleiben, daß aber der Schuft und Bösewicht sicher und unnachsichtlich getroffen wird“, verdient nicht nur hier, sondern überall wiederholt zu werden, wo die Frage der Grenzen des Strafbaren erörtert wird, und dürfte auch dem Richter das sicherste Kriterium der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Gesetzesauslegung bieten.

Die Mitteilungen von Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe sind reich an Zahl und an Inhalt, ebenso die Literaturbesprechungen. Daß das umfassende Repertorium der Wissenschaft und Praxis im 51. Jahrgang wieder aufgegeben wurde, hat gewiß mancher Leser höchlichst bedauert.

Zürcher.

M. Hermann Kantorowicz, Goblers Karolinenkommentar und seine Nachfolger. Geschichte eines Buches. Berlin (Guttentag) 1904. 72 Seiten. (Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. IV. Band, 1. Heft).

Die Hoffnung, die wir aussprachen, es werde die neue Ausgabe Kaiser Karls V. peinlicher Gerichtsordnung von Kohler und Scheel die Karolinenforschung aufs neue anregen, fängt an, sich zu erfüllen. Das vorliegende Schriftchen entreißt die lateinische Uebersetzung und Kommentierung der Karolina von Justinus Gobler aus dem Jahre 1543 der unverdienten Vergessenheit und rehabilitiert sie gegenüber den wegwerfenden Urteilen, die sich in der Literatur fortgepflanzt hatten, ohne daß sie jeweilen an dem Werke nachgeprüft worden wären. Eine fleißige und anregende Studie.

Zürcher.

O. Schrader, Die Schwiegermutter und der Hagestolz. Eine Studie aus der Geschichte unserer Familien. Braunschweig 1904. George Westermann.

Zwei geist- und humorvolle Jenenser akademische Rosenvorlesungen in erweiterter Gestalt und mit Belegen und Anmerkungen versehen. Der durch sein Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde rühmlichst bekannte Verfasser gelangt auf Grund eines reichen Materials, welches außer den klassischen Schriften und der vergleichenden Sprachwissenschaft besonders die slawischen, germanischen und griechischen Lieder und Sprichwörter umfasst, zu dem Resultat, daß der Typus der bösen Schwiegermutter ursprünglich nur durch die Mannesmutter dargestellt werde, welche in der Herdgemeinschaft die Autorität aufrecht zu erhalten hatte und in Osteuropa noch aufrecht erhält. Die Weibesmutter sei erst spät, nach Entwicklung des Brautkaufs, in ein Verhältnis

zum Schwiegersohn getreten und habe ihren Ruf als gute, aber schwache Frau erst spät verloren. Sähe man von drei Stellen (Bramarbas des Plautus, dem angeblichen Werk des Sokrates bei Valerius Maximus und der 6. Satire des Juvenal) ab, so sei die böse Weibesmutter im Altertum noch unbekannt gewesen; erst um 1430 sei in der Dichtung des deutschen Dichters Muskatblut die Figur der bösen Weibesmutter aufgetaucht, habe aber schon in Hans Sachs einen warmen Verteidiger gefunden.

Bezüglich des Hagestolzen verteilt der Verfasser seine Bemerkungen in zwei Kapitel, deren erstes sich zwischen die Mannesmutter und die Weibesmutter einschiebt, eine Disposition, die nicht ganz unanfechtbar erscheint. Unter dem Titel „Die hagestolzliche Zeit" wird von der Schande des Junggesellentums in der sogenannten Lykurgischen Gesetzgebung und von der Strafe des Zölibats in Rom gehandelt, auch die Behauptung aufgestellt, daß es mit Rücksicht auf Ahnenkult und Blutrache dereinst überhaupt keine Hagestolzen gegeben habe. Erst im vierten Kapitel wird der Faden wieder aufgenommen und dabei ausgesprochen, daß erst die Stadt den Hagestolz geboren habe; in fesselnder Weise wird die Stellung von Plato, Aristoteles, Theophrast und Cicero zur Heiratsfrage erörtert; als Resultat der Erfahrungen des ausgehenden Altertums werden die drei Thesen aufgestellt: „1. Die Ehe ist ein Uebel, 2. die Ehe ist ein notwendiges Uebel um des Staates willen, 3. der Weise hält sich besser von ihr fern." Diese „Vorfrucht" habe die christliche Kirche vorgefunden, „als sie sich anschickte, dem Hagestolz die höchste Ehre, das Diplom der Heiligkeit, zu überreichen" (S. 71). Das älteste deutsche Hagestolzenlied datiere vom Jahre 1554. Etymologisch bedeute Hagestolz den in einen Hag gestellten, also den Mann, der ohne Haus und Hof sich mit einer einfachen Umfriedigung begnügen muß, also etwa einen Schäfer, Hüter, Imker etc. (S. 77). Interessante Seitenblicke fallen auf den dänischen Pfefferburschen (pebersvend) und den russischen bobýlĭ (S. 75).

Der Verfasser hat sich leider auf die indogermanischen Völker beschränkt, für die er, wie in seinen früheren Schriften, die Existenz des Mutterrechts energisch in Abrede stellt.

Georg Cohn.

Dr. Georg Huth, Die tungusische Volksliteratur und ihre ethnologische Ausbeute. Separatabdruck aus dem Bulletin de l'Académie Impériale des Sciences de St. Pétersbourg. V. Serie. T. XV, Nr. 3 (Octobre 1901). St. Petersburg, Buchdruckerei der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften 1901, S. 293 bis 316. 4°.

Die vorliegende Schrift des bekannten Sprachforschers und Reisenden dürfte eine Erwähnung in dieser Zeitschrift namentlich deshalb verdienen, weil wir in einem (S. 300) mitgeteilten Volksliede der Jenissei-Tungusen bemerkenswerte Nachrichten über die Sitte finden, den Eltern einen Brautpreis zu bezahlen. Dasselbe Gedicht enthält auch Mitteilungen über die ebenfalls bei den Tungusen üblichen Mitgiften. Beides fällt danach bei verführten Mädchen fort. Diese Rechtseinrichtungen werden vom Verfasser ausführlich, unter Berücksichtigung des über andere mongolische Völker Berichteten besprochen. Auch über die Tätigkeit und Stellung der Schamanen erfahren wir manches Neue. Bekanntlich früher Zauberpriester, fungieren sie jetzt als Aerzte, indem sie Krankheiten durch Festbinden der erkrankten Stellen — zu schneiden haben sie nicht das Recht — und Rezitieren von Zaubersprüchen unter Zuhilfenahme russischer Heiligenbilder zu entfernen suchen. Eigentümlich ist die S. 311 gegebene Nachricht, daß der Schamane von dem Jahresgehalte, das die ihm unterstellten Familien ihm gewähren, einen bestimmten Anteil alleinstehenden Greisen und verwaisten Kindern zu geben hat.

Karl Koehne.

Dr. jur. Wilhelm von Brünneck, ord. Honorarprofessor in Halle a. d. S., Beiträge zur Geschichte des Kirchenrechts in den deutschen Kolonisationslanden. — I. Zur Geschichte des Kirchenpatronats in Ost- und Westpreußen. Berlin 1902. Verlag von Franz Vahlen. IV. 46 Seiten. Preis M. 1.20.

Der Verfasser glaubt, aus den nicht zahlreichen Urkunden den Beweis liefern zu können, daß das Recht des preußischen Patrons sich in der landesherrlichen Gewalt gründete. Als Gegenstand der Verleihung des Kirchenlehens kommt nur das Hoheitsrecht des

Landesherrn über die Kirchen seines Landes in Betracht. Der Gedanke der Eigenkirche — der in neuerer Zeit durch Stutz besonders klargestellt wurde — wirkte eben noch im späteren Mittelalter fort, vom Boden des Privatrechts auf den des öffentlichen Rechts verpflanzt. Weitere Beiträge über die Entwicklung des Patronatsrechts in diesen Gegenden wären sehr erwünscht.

Teichmann.

Dr. Karl Neumeyer, Privatdozent an der Universität München, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück: Die Geltung der Stammesrechte in Italien. München 1902. J. Schweitzer Verlag (Artur Sellier).

Dieses vortrefflich ausgestattete Werk ist ein höchst wertvoller, auf umfassendes archivalisches Material gegründeter Beitrag zur Aufhellung der ersten Entwicklungsperiode des internationalen Rechts. In minutiöser Forschung werden zuerst die Grundbegriffe der Personalität und Territorialität erörtert, dann eingehend die Geltung der Stammesrechte mit dem Untergange des lombardischen Rechts durch den endlichen Sieg des römischen Rechts dargestellt. Daran schließt sich die Erörterung der Geltung persönlicher Rechte in Ober- und Mittelitalien, worauf der ganz besonders bisher dunkle Rechtszustand in Unteritalien ergründet wird. Eine weitere Arbeit, der man mit Spannung entgegensehen darf, wird die Vergleichung der Grundsätze bringen, wie die Zugehörigkeit zu einem Rechtskreise vermittelt wurde und welche Beziehung bei einer Mehrheit konkurrierender Rechte den Ausschlag gab.

A. Teichmann.

Dr. R. Bader, Rechtsanwalt, Dozent an der Universität Zürich, Der Klerus und sein Recht nach dem Züricher Richtebrief. Zürich 1901. Verlag: Art. Institut Orell Füßli. 97 Seiten. Preis Mk. 2.40. Mit Reproduktion einer Seite des Anfangs des VI. Buches.

Ein dankenswerter Beitrag zur Schilderung des Kampfes zwischen weltlichem und kirchlichem Recht. Es handelt sich um das VI. Buch des Richtebriefes von 1304, d. h. Organisation des

auf Grund des Vertrages geschaffenen sogenannten Pfaffengerichts. Eine noch eingehendere Darstellung dieser Verhältnisse durch den Verfasser wäre sehr erwünscht.

A. Teichmann.

Karl Koehne, Dr. jur. et phil., Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht. Berlin 1901. Siemenroth & Troschel. VIII. 271 Seiten. Preis M. 5.50.

Eine sehr empfehlenswerte Darstellung der neueren sogenannten Arbeitsordnungen, speziell nach deutschem Reichsrecht seit dem Arbeiterschutzgesetze vom 1. Juni 1891. Der Geschichte der Arbeitsordnung in verschiedenen deutschen Ländern, in Oesterreich-Ungarn, in der Schweiz und in Rußland sind die §§ 6—48 gewidmet. Die Dogmatik der deutschen Ordnung ist eine sehr sorgfältige Arbeit.

A. Teichmann.





